مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الرابعة، العدد: 01، 1934، ص ص 641-722.

العقود والشروط والخيارات

لحضرة صاحب الفضيلة الشيخ أحمد ابراهيم ابراهيم بك

أستاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق ووكيل الكلية

هذه خلاصة جمعت فيها كل ما يتعلق بالعقود والشروط والخيارات مما أنتجته قرائح فقهاء الشريعة الاسلامية رضى الله عنهم . وقد التزمت فيما سأذكره هنا الإجمال فى جملته حتى يسهل تناوله وتصوره على الطالبين . وان وراء هذا كتابة جامعة مفصلة جدا استوعبت فيها جميع مسائل هذا الموضوع استيعابا تاما ، قدرت لها أنها تستغرق المئات من الصفحات ، مع سعة البحوث والتعمق فيها وتحرير النظريات و بسط الأدلة والتعليلات . وسيكون هذا الموضوع برمته جزءا من كل يحتوي الالتزامات فى الشريعة الاسلامية ، و يفصلها أتم ما يمكن من التفصيل ، مسايرا فى ذلك الالتزامات فى القوانين الوضعية ، حتى تسهل المقارنة ، وتتيسر الاستفادة ، و ينكشف ما كان خفيا و يظهر للعيان واضحا جليا . و بذا تقف الشريعة الصحيحة المحررة أمام القانون المدنى بجدته وتحرره الى حد بعيد جدا وجها لوجه ، كل يعرض ما احتواه من الآراء والنظريات والقضايا الأساسية التى هى مبنى الأحكام التفصيلية . وقد يتراءى بعد ذلك أنهما متقاربان لا يكاد يكون بينهما فرق من حيث وجهة النظر التشريعية المراعى فيها من الطرفين جميعا جلب المصالح ودرء المفاسد . وقد يكون فى الكنوز الثمينة النفيسة التى خلفها لنا سلفنا الصالح من فقهاء الشريعة الاسلامية ما يصلح بحق أن يكون مورد تغذية وافية كافية هنيئة مريئة للقوانين الوضعية فتنميها وتصلح من شأنها. وان أسعد وقت عندنا لهو الوقت الذى يتم فيه التعارف والتفاهم بين الشريعة والقانون ، حتى تكونه أو يكونها ، وليس ذلك على من أخلص فى العمل وشمله الله تعالى بتوفيقه وهدايته بعزيز .

وهاك محتويات هذا الموضوع :

(ا) العقود .

(١) العقد .

(٢) العاقد .

(٣) المعقود عليه — أو — محل العقد .

(٤) حكم العقد .

(٥) حقوق العقد .

١ — **العقد** : العقد والتصرف . العقد والوعد . الوجود الحسي للعقد . الوجود الشرعى للعقد .

ركن العقد : الايجاب . القبول . اشـتراط أكثر من إرادة واحدة . الاكتفاء بإرادة واحدة . اتحاد الإرادتين . القبض .

مجلس العقد : اتحاد المجلس . اختلاف المجالس .

صيغة العقد : التنجيز . التعليق . الاضافة إلى المستقبل . التوقيت . الفرق بين التعليق على الشرط والاقتران بالشرط .

التكوين الشرعى للعقد : العقد باللفظ ، وبالكتابة ، وبالإشارة . الانعقاد . الصحة . النفاذ . اللزوم . العقد الصحيح . العقد الفاسد . العقد الباطل . العقد الموقوف . العقد اللازم بالنسبة لكل من العاقدين أو أحدهما . غير اللازم . البات .

مجموعات العقود : من حيث وحدتها الذاتية .

التمليكات — أنواع المعاوضات . التبرعات . الاسقاطات . الاطلاقات . التقييدات . الشركات . عقود الاستئمان والاستحفاظ . يد الأمانة . يد الضمان .

ما يتعين فيه النقود بالتعيين وما لا يتعين والآثار المترتبة على ذلك .

الأحكام الأربعة للعقود . الاقتصار . الانقلاب . التبيين . الاستناد (الأثر الرجعى) .

القصود في العقود : وما يعترض على العقد من العيوب .

٢ — **أهلية العاقد** : الصفات التي لا تؤثر في أهلية العاقد لكنها تؤثر في حكم العقد لاعتبارات خاصة .

تعدد العاقد : توحد العاقد .

ولاية العاقد : المالك . الوكيل . الرسول . الولي . الوصي . الفضولي . الحاكم .

٣ — **المعقود عليه أو محل العقد** : المحلية المطلقة . المحلية النسبية . العقد على الموجود . العقد على المعدوم . قابلية المحل لحكم العقد وعدم قابليته شرعا وطبعا .

٤ — **حكم العقد** : من يثبت له حكم العقد ومتى يثبت .

٥ — **حقوق العقد** : من الذي ترجع اليه حقوق العقد و بيان الآثار المترتبة على ذلك .

(ب) الشروط :

آراء أئمة الشريعة في الشروط الزائدة على ما يقتضيه العقد ، المقارنة له ، أو السابقة عليه ، أو اللاحقة . بيان حكم الشروط في كل مجموعات العقود .

(ج) الخيارات :

تعريف الخيار . أنواع الخيار . خيار الشرط . خيار الرؤية . خيار العيب . خيار التعيين . خيار النقد . خيار فوات الوصف المرغوب فيه . خيار تفريق الصفقة . خيار الغبن والتغرير . خيار المخيرة . خيار العتق . خيار الفسخ لعدم الكفاءة . خيار البلوغ . خيار المجلس . خيار الكمية . خيار الاستحقاق . خيار التغرير الفعلي . خيار كشف الحال . خيار الخيانة في المرابحة والتولية . خيار إجازة عقد الفضولي . خيار ظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا .

العقـــــــــد

العقد هو التزام اختياري ، يوجبه الانسان على نفسه . وقد يقره الشارع على ما التزمه ، وقد لا يقره . فتصحيح العقد وترتيب آثاره عليه موكول الى اعتبار الشارع . ومن معاني العقد فى لغة العرب (١) إحكام الشيء وتقويته ، والجمع بين أطراف الخيط بالربط ، وضد العقد الحل . ومن المعنى الأخير جاء التعريف الشرعي (٢) للعقد ، وهو ربط أجزاء التصرف بالايجاب والقبول ، وأثره الانعقاد ، وهو فى الوضع اللغوى حسي ، وفى الوضع الشرعى معنوي . وترتب الانعقاد على العقد الحسى لازم حتما ، أعنى أنه كلما وجد العقد الحسى وجد أثره وهو الانعقاد بدون تخلف ، فهما متلازمان عقلا وطبعا ، وأما ترتب الانعقاد على العقد الشرعى فهو بصنيع الشارع ، فان شاء رتبه فورا ، وان شاء على التراخى ، وان شاء وقفه ولم يرتبه الخ . وذلك لأن العقود الشرعيـة علل جعليـة وليست عللا عقلية ولا طبيعية ، ونظيرها فى ذلك العقود القانونية ، فهما سيان . وقد يتم العقد بارادة واحدة ، وذلك فى الالتزامات الشخصية التى لا يقابلها التزامات أخرى على طريق التبادل من الطرف الآخر ، كما فى التبرعات من هبة وصدقة ووصية وابراء من الدين واعتاق ووقف الخ . وانما اشترط القبول من الطرف الآخر فى الالتزامات التبرعية اذا كان معينا ، لأنه ليس لأحد أن يدخل شيئا فى ملك غيره بدون ارادته ، فالقبول اعلان برضا المتبرع له بدخول ما تبرع له به فى ملكه ، وليست حقيقة التبرع بمتوقفة عليه . أما اذا كان المتبرع له غير معين بالشخص كالفقراء وطلبة العلم واليتامى والجهات الخيرية العامة فلا يشترط القبول ، بالاتفاق . فهل تسمى هذه التصرفات التى تتم بالايجاب وحده من اعتاق وطلاق وابراء ونحوها عقودا أو لا تسمى بذلك ؟ لا شك فى أنها عقود بالمعنى الأعم للعقد ، اذ هى أمور وقعت فى نفس الملتزم أولا وعقد عليها نيته وعزم عليها عزما أكيدا ، ثم أبان عنها باللفظ أو بما يقوم مقامه . وإذا يكون للعقد معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التى تترتب عليها آثار شرعية ، وقد تتم

بإرادة واحدة أو بأكثر ، ومعنى خاص قاصر على ما لا يتم فيه العقد الا بايجاب وقبول ، كما فى عقود المعاوضات ، وهى فى الحقيقة التزامات معلقة على التزامات أخرى ومتوقفة على وجودها وتحققها ، فالالتزام فيها حاصل من الطرفين ، كل يلتزم للآخر بما ألزم به نفسه . وبالجملة فالفقهاء وان كانوا قد عرفوا العقد بأنه ربط طرف الايجاب بطرف القبول — هم أيضا عند تعرضهم لبيان ما يصح تمليقه من العقود وما لا يصح وما تبطله الشروط الفاسدة وما لا تبطله يتناولون كل التصرفات والالتزامات الشرعية على العموم فيذكرون الطلاق والعتق والابراء والوقف الخ ، كما يذكرون البيع والاجارة والقسمة والنكاح والخلع الخ . فيتناولون بتعميمهم هذا كل صور العقد بمعناه الأعم ومعناه الأخص . وعلى هذا يصح أن نقول : للعقد فى اطلاق الفقهاء معنيان ، معنى عام يشمل جميع التصرفات التى لها أحكام شرعية ، ومعنى خاص بما فيه التزام من طرفين متقابلين ، وكلا الاستعمالين سائغ فى كتب الفقه الشرعية ، كما يظهر ذلك بالتتبع فى كتب جميع المذاهب المختلفة .

العقد والتصرف — وعلى هذا تكون النسبة بين العقد والتصرف اما المساواة بناء على التعريف الأعم ، ويحمل التصرف على ما يلتزمه الشخص لغيره مطلقا ، أما اذا حمل التصرف على ما هو أعم من ذلك من التزام وغيره فان معناه يكون أعم من معنى العقد حينئذ ، اذ العقد لا يكون الا التزاما على أى وجه قلبته . واما أن تكون النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق بناء على التعريف الأخص ، فكل عقد تصرف ولا عكس . على أنه اذا قيل — العقود والتصرفات — أو التصرفات والعقود ، جاز أن يكون هذا من ذكر العام بعد الخاص ، أو الخاص بعد العام ، أو المتساويين ثم أحدهما بعد الآخر . وجاز أيضا حمل كل منهما على معنى خاص ، فتحمل العقود اما على الالتزامات المتقابلة من طرفين ، والتصرفات على ما عدا ذلك ، أو تحمل العقود على الالتزام بمعناه الأعم ، والتصرفات على ما وراء ذلك من الأعمال الادارية كعمل الوصى وناظر الوقف والقاضى وكل ما يندرج تحت الولاية العامة أو الخاصة مما يملكه

الولى أو الوصى ونحو ذلك . وحينئذ نقول ان النسبة بين التصرف والعقد هى التباين ، اذ لا ينتظمهما على هذا الاعتبار معنى واحد ، بل معنياهما متغايران . ولعل حمل كل من التصرف والعقد على هذه المعانى المختلفة يختلف باختلاف المقامات والقرائن . هذا هو ما استخلصته بالاستقراء من الكتب الفقهية الشرعية ومما اصطلح عليه فى أعمال المحاكم عندنا .

العقد والوعد : العقد انشاء تصرف فى الحال ، والوفاء به واجب قضاء وديانة متى توافرت أركانه وشروطه الشرعية ، وأما الوعد فهو الاعلان عن الرغبة فى فعل أمر فى المستقبل يعود بالفائدة على الموعود ، ولذا قيل فى تعريفه انه اخبار عن انشاء المخبر معروفا فى المستقبل . ولا خلاف بين العلماء فى استحباب الوفاء بالوعد ، وأن الوفاء به من مكارم الأخلاق . وانما الخلاف بينهم فى وجوب الوفاء به قضاء ، أعنى هل يلزم القاضى الواعد بأن يفى بوعده ويجبره على ذلك ، كما يلزم العاقد بالوفاء بعقده ويجبره على ذلك ؟ ذهب جمهور الفقهاء الى أن الوعد لا يجب الوفاء به قضاء وأنه لا يكسب الموعود حقا قبل الواعد الا حقا أدبيا فقط ، لا سبيل للقضاء الى الزامه به . وأما على ما ذهب اليه مالك وأصحابه ففى المسألة أربعة أقوال :

(الأول) أنه يقضى به مطلقا ، واختار هذا القول بعض أصحاب مالك ، ورجحه صاحب تصحيح الفروق .(٩)

(الثانى) لا يقضى به مطلقا ، كما هو قول جمهور الفقهاء .

(الثالث) ان كان الوعد على سبب وجب الوفاء به قضاء ، والا فلا ، سواء أدخل الواعد الموعود فى السبب أم لا .

(الرابع) ان كان الوعد على سبب ، وقد أدخل الواعد الموعود فى السبب ، فانه يجب الوفاء به قضاء كما يجب الوفاء بالعقد . فلو قال شخص لآخر سأعطيك اذا نجحت فى الامتحان عشرة جنيهات مصرية ، ثم نجح وجب الوفاء بذلك ، والقضاء عليه بما وعد به ، لاعتباره التزاما منه ، على القول الأول فقط ، ولا يجب الوفاء بذلك قضاء على الأقوال الثلاثة وعلى ما ذهب اليه جمهور الفقهاء . واذا

قلت لشخص أريد أن أتزوج أو أن أشترى كذا أو أن أقضى غرمائى فأسلفنى كذا ، أو أريد أن أركب غدا الى مكان كذا فاعرنى دابتك ، أو أن أحرث أرضى فاعرنى بقرك ، فقال لك نعم ، ثم بدا له أن يرجع فيما قال قبل أن تشترى أو أن تتزوج أو أن تسافر الخ فان ذلك الوعد يلزمه ، ويجب القضاء عليه به ، على القول الثالث ، وكذا الأول فقط . أما اذا دخلت فى السبب بالفعل كأن تزوجت ، أو اشتريت الخ فانه يقضى عليه بالوفاء بوعده على القول الرابع ، وكذا على الأول والثالث ، بالأولى ، وهـذا هو المشهور والراجح من مذهب مالك . ومما فرعوه على ذلك أنه لو قال شخص لآخر : اشتر هـذه الدار والثمن على ، فاشتراها ، لزم الواعد أن يقدم الثمن لأنه أدخله فى الشراء ، وكذا لو قال له تزوج وعلى المهر فتزوج ، لأنه أدخله فى الزواج .

ومما تقدم ترى أن الوعد يكون فى قوة العقد ، فى الالزام ، على قول مالك الراجح اذا أدخل الواعد الموعود فى السبب ، وقد باشره بنـاء على الوعد . وأما على قول جمهور الفقهاء فالوعد ليس له قوة الالزام القضائى على أى شكل كان ، بل هو التزام أدبى فقط ، والوفاء به من مكارم الأخلاق .

هذا — ولا يفرق بين العقد والوعد بصيغة الماضى والمضارع ، فان العقد كما يـكون بصيغة الماضى ، وهو الـكثير الغالب فيه ، قد يـكون كذلك بصيغة المضارع اذا دلت القرائن عليه . وبالجملة فصيغة الماضى قاصرة على العـقد ، وأما صيغة المضارع فالمتبادر الظاهر منها الوعد الا أن تدل قرينة على العقد . قال فى فتح القدير ما خلاصته لو قال رجل لآخر تزوجنى بنتك فقال له قبلت ، فان هذا لا يـكون عقدا الا عند عدم قصد الاستيفاد ، فـكأنه قال أتعدنى أن تزوجنى بنتك ؟ فيـكون معنى قوله قبلت — انى قبلت أن أعدك بذلك ، وهـذا ليس من العقد فى شىء ، بل هو وعد . لـكن ان قامت قرينة على العقد كان عقدا ، كأن يكون المجلس للعقد ، فى هذه الحالة تصرف القرينة لفظ المضارع عن ظاهره الدال على الوعد ، وتعينه للعقد — والحاصل أن المرجع فى مثل ذلك يـكون الى قرائن الأحوال (وانظر كتابنا الأحوال الشخصية فى صيغة عقد الزواج) .

والبيع ينعقد بلفظين مضارعين لم يقرنا بالسين أو سوف ، لكنه فى هذه الحالة يحتاج الى النية أو القرينة الدالة على انشاء البيع فى الحال ، كأن يقول أحدهما للآخر أبيعك الآن دارى الفلانية بكذا فيقول الآخر أقبل ، أو قبلت ذلك . وكذا اذا جرى عرف أهل بلد باستعمال المضارع فى العقود كأهل خوارزم (٤) فان هذا العرف يعتبر فى دلالته على انشاء العقد فى الحال . والسبب فى ذلك أن للمضارع المجرد احتمالين ، الحال ، والاستقبال ، ولا بد لتعيين أحدهما من نية أو قرينة أو عرف ، بخلاف الماضى فان صيغته للقطع والجزم ، لا احتمال فيها أصلا ، فلذا صحت بها العقود جاهلية واسلاما ، سواء اعتبرناها منقولة الى الانشاء ، أو باقية على معناها الأصلى (راجع تهذيب الفروق (٥)) . وعلى هذا لو قال أحدهما للآخر سأبيعك دارى الفلانية بكذا ، فقال الآخر سوف أقبل أو سأقبل ، أو أقبل ، أو قبلت ، فلا بيع بينهما لعدم الجزم ، فلم يخرج الكلام عن كونه وعدا (انظر الدر ورد المحتار) (٦) .

الوجود الحسى والوجود الشرعى للعقد — لكل عقد وجودان حسى وشرعى ، فأما الوجود الحسى فهو ما يدركه الحس من سمع و بصر من كلام العاقدين ورؤية الكتابة أو الاشارة مما يتكون منه العقد . والوجود الشرعى هو ذلك الوجود الحسى مع استيفاء العقد أركانه وشروطه الشرعية . وكلما كان للعقد [illegible]د شرعى كان له وجود حسى حتما ، واذا انتفى الوجود الحسى للعقد انتفى [illegible]كون الشرعى له ، وذلك لأن حديث النفس وحده لا يترتب عليه حكم شرعى ، خلافا لمالك فى بعض ما نقل عنه . وليس كلما كان للعقد وجود حسى كان له وجود شرعى ، كما اذا صدر العقد من غير أهله ، أو فى غير محله ، أو فقد شرطا مما يشترط لاعتباره شرعا . فالنسبة بين الوجودين العموم والخصوص المطلق ، على ما ذهب اليه الجمهور ، وهو الصحيح الراجح . وأما على ما ذهب اليه مالك فى بعض ما روى عنه فالنسبة بينهما العموم والخصوص من وجه ، فيجتمعان فى عقد صدر بايجاب وقبول مسموعين (مثلا) من أهله فى محله مع

استيفاء كل شروطه الشرعية ، وينفرد الوجود الحسى للعقد فى مثل صدور العقد بعبارة مسموعة ، لكن من غير أهله أو فى غير محله ؛ وينفرد الوجود الشرعى فيما ينعقد من العقود بحديث النفس وحده بدون تلفظ أو ما يقوم مقامه كالطلاق بالنية ، على ذلك القول ، ومن ذلك ما قاله ابن رشد[15] فيمن عزل لمسكين معين شيئا وبتله له بقول ، أو نية ، فلا يجوز له أن يصرفه الى غيره ، وهو ضامن له ان فعل ، وسواء كان المال من عنده ، أو جعل له تفرقته اه . ومعنى بتله أى جعله له من الآن . والمراد بالنية حديث النفس (انظر الحطاب وتهذيب الفروق)[16] . ونظير الوجود الحسى فقط للعقد صلاة غير المتوضىء وصوم الحائض ، فكل من الصلاة والصوم له وجود فى الحس ، وليس له وجود فى الشرع ، فلا بد من اعادة الصلاة والصوم لبطلان ما حصل أولا ، لفقدان شرط الصحة فى كل من العبادتين .

والوجود الحسى للعقد لا يترتب عليه وحده أثر للعقد شرعا ، بخلاف الوجود الشرعى . وسيأتى لهذا فضل بيان فى تقسيم العقد الى صحيح وغير صحيح .

ركن العقد

وهو ما تكونت منه ماهية العقد ، وهو اما بسيط اذا كان تحقق العقد بالايجاب وحده كالعتق والطلاق والوقف ، والكفالة على قول ، واما مركب اذا توقفت حقيقة العقد على وجود كل من الايجاب والقبول جميعا .

الايجاب والقبول — من معانى الايجاب فى اللغة الالزام والاثبات ، ومن معانى القبول التصديق والموافقة . والمراد بالايجاب هنا ما يصدر من أحد العاقدين أولا ، سمى ايجابا لاثباته لما يريده الموجب ، والقبول هو ما يصدر من العاقد الآخر بعد الايجاب من الأول مصدقا وموافقا له . فلو قال شخص لآخر بعتك دارى الفلانية بألف جنيه مصرى ، فقال الآخر اشتريتها بهذا الثمن كان قول الأول (بعت) ايجابا ، وقول الثانى (اشتريت) قبولا ، ولو أن المشترى قال أولا (اشتريت) ، وقال البائع بعد ذلك (بعت) ، كان قوله (اشتريت)

ايجابا ، وقوله (بعت) قبولا . وهكذا . وفى الحقيقة كل من الايجاب والقبول اثبات ، غير أن الاثبات الثانى سمى قبولا تمييزا له عن الاثبات الأول ، ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول . والايجاب والقبول قد يكونان فى عقد فيه التزامان متقابلان من طرفين كما فى عقود المعاوضات ، واذا لا بد من القبول حتما لتحقق معنى العقد ووجوده ، وذلك لأن الايجاب معلق على القبول ، فاذا لم يوجد قبول موافق للايجاب فلا وجود للعقد أصلا . فالقبول فى هذه الحالة ركن من أركان العقد لا يتحقق الا بوجوده ، وقد يكون القبول بالمعاطاة ، أى بالفعل ، كما فى عقد البيع . وقد يكون العقد عقد تبرع ، وفى هذه الحالة يتحقق وجود الالتزام فيه بالايجاب وحده ، وانما يشترط القبول اذا كان المتبرع له معينا لأجل رضاه بدخول الشىء المتبرع به فى ملكه ، كما فى الهبة والوصية ونحوهما . واذا وجد فى العقد ايجاب وقبول فلا بد لتحقق هذا العقد شرعا من تواردهما على موضوع واحد ، والا فلا وجود للعقد شرعا ، فلو قال رجل لآخر أجرتك دارى التى بالزمالك ، فقال الآخر قبلت اجارة دارك التى بالجيزه ، فلا عقد بينهما لعدم توارد ارادتيهما على محل واحد ، وكذلك لا انعقاد فيما لو قال رجل لآخر زوجتك بنتى فاطمة فقال قبلت زواج ابنتك عائشة . غير أن مخالفة القبول للايجاب اذا كانت الى خير مع عدم تغير محل العقد فلا يمنع ذلك تحقق العقد شرعا ولا الانعقاد ، وذلك لوجود الموافقة ضمنا . ومن أمثلة ذلك ما اذا قال البائع للمشترى بعتك هذه الفرس بمائة جنيه مصرى ، وقال المشترى اشتريتها منك بمائة وعشرين ، فان البيع ينعقد بينهما بمائة ، وأما العشرون التى زادها المشترى فلو قبلها البائع فى المجلس لزمت المشترى أيضا . وكذا لو قال المشترى للبائع اشتريت منك هذه الدار بألف ، فقال البائع بعتها منك بتسعمائة ، انعقد البيع بينهما ولزم بالتسعمائة ، ويعتبر أن البائع أبرأ المشترى من مائة ، والابراء اسقاط يتم بالايجاب وحده ، فلا يتوقف على القبول ، وان كان يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك . ومن أمثلته أيضا ما اذا قال الخاطب لمخطوبته تزوجتك بمائتين ، فقالت قبلت بمائة ، انعقد الزواج بينهما بمائة ، على اعتبار أنها قبلت المائتين وحطت عنه

مائة منها ، والحط اسقاط كما تقدم . وكذا لو قالت له تزوجتك بمائة ، فقال قبلت بمائتين ، انعقد النكاح بينهما بمائة ، وأما المائة الأخرى التي زادها فلا تلزمه الا اذا قبلتها فى المجلس . وانظر أحوال مخالفة الوكيل للموكل فى كل من البيع والزواج ففيهما صور كثيرة للمخالفة التي لا تضر والمخالفة التي تضر. ومما يناسب ذكره هنا أنه اذا سمى المهر مع الايجاب ، بأن قال تزوجتك بكذا ، فقالت قبلت الزواج ولا أقبل المهر لا يصح العقد ، ولا يشكل على هذا أنه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية ، أو وجودها ، وذلك لأنه ما أوجب الزواج الا بهذا القدر ، فلو صححناه اذا قبلت فى الزواج دون المهر لزمه مهر المثل ، وهو لم يرض بالزواج به ، بل بما سمى ، فيلزمه ما لم يلتزمه ، وهذا لا يجوز . وهذا بخلاف ما اذا لم يسم فى الأصل ، لأن الظاهر أن غرضه فى هذه الحالة هو الزواج بمهر المثل حيث سكت عن التسمية ، مع العلم بأن مهر المثل هو اللازم عند عدم التسمية ، واذا يلزمه ما التزمه . وانظر كتابنا الأحوال الشخصية ففيه تمام هذه المسألة .

ومما ينبغى ذكره هنا ما يتعلق بتفريق الصفقة [1] فى البيع ، وجملة القول فيه أن الموجب اذا كان واحدا ، سواء أكان بائعا أم مشتريا ، وكان المخاطب متعددا ، فلا يجوز تفريق الصفقة بقبول بعضهم دون بعض ، لما فى ذلك من الاضرار بالموجب . فلو قال زيد لبكر وخالد ورجب بعتكم دارى الفلانية بكذا ، فقبل بكر وحده ، أو بكر وخالد فقط ، لا يجوز البيع الا اذا أجازه زيد ، وكذا لو قال خالد لزيد و بكر وعمرو الشركاء فى ملك دار لهم اشتريت منكم تلك الدار بكذا ، فقبل بعضهم دون بعض ، لا يجوز البيع أيضا الا اذا رضى به المشترى بعد ذلك ، دفعا لضرر تفريق الصفقة عنه . واذا تعدد الموجب واتحد المخاطب لم يجز القبول فى حصة واحد دون الآخرين للسبب المتقدم ، والمثال ظاهر مما تقدم .

---

(١) الصفقة هى ضرب اليد على اليد . وكان من عادة العرب قبل الاسلام أن يضرب المشترى بيده على يد البائع اذا كان قد رضى بالبيع ، ثم سمى عقد البيع صفقة . ويقال صفقة خاسرة ، وصفقة رابحة ، كما يقال ربحت صفقة فلان . والمراد بتفريق الصفقة فى اصطلاح الفقهاء تجزئة المعقود عليه ، بالرضا ببعضه دون بعض ، مخالفا فى ذلك القبول للايجاب .

واذا اتحد كلاهما لم يجز القبول فى بعض المبيع دون بعض الا اذا أجازه من يضره تفريق الصفقة ، من بائع أو مشتر بشرط أن يكون البيع مما ينقسم عليه الثمن بالأجزاء ، كأن يكون عينا واحدة قيمية أو من المثليات كالمكيل من بر أو شعير ونحوهما ، وحينئذ يكون القبول ايجابا ، والرضا قبولا ، و يبطل الايجاب الأول . أما اذا كان المبيع متعددا ولا يمكن انقسام الثمن عليه الا بالقيمة ، كدار وبستان ، أو فرس و بقرة وجمل ، فلا يجوز تفريق الصفقة فيه ولو رضى الموجب الا اذا فصل الثمن وكرر لفظ الايجاب ، كأن يقول بعتك هذه الدار وهذا البستان ، بعتك الدار بألف و بعتك البستان بستمائة ، أما اذا لم يفعل ذلك فالصحيح أنه لا يصح . أنظر المادتين ١٧٩ و ١٨٠ من المجلة العدلية [١٣] ففيها وفى شروحها الكلام واف فى هذه المسألة ، وهو خلاصة ما فى الكتب الفقهية .

وقد تتحد الارادتان كما فى بيع الولى لموليه شيئا من ماله ، فى هذه الحالة يكتفى بالايجاب وحده . وهكذا فى كل ما يجوز أن يتولى فيه طرفى العقد عاقد واحد ، اذ تظهر فيه ارادتاه معا فى آن واحد بايجابه ، فلا حاجة اذا الى قبوله ، لوجوده ضمنا فى ايجابه .

كذلك يتحقق الالتزام بارادة واحدة كما فى التبرعات والاسقاطات من هبة صدقة ووقف الخ وعتق وطلاق الخ ، ولكن هل يلزم العقد بتلك الإرادة الواحدة ، أى بالايجاب وحده ؟ أما فى الاسقاطات فالجواب نعم ، غير أنه فى الاسقاط الذى فيه معنى التمليك يرتد بالرد كالابراء من الدين وكالوقف على شخص معين . وفى التبرعات الايجابية كالهبة والصدقة يتوقف تمام العقد على قبول المتبرع له المعين ، وهذا عند الجمهور . وأما عند مالك فان الالتزام يتم بالايجاب وحده ، وللموهوب له (مثلا) أو لوارثه من بعده أن يطالب الواهب بتسليم الشيء الموهوب اليه (راجع مقالتنا التزام التبرعات) [١٤] .

وقد يغنى القبض عن القبول اذا كان باذن الموجب ، أو كان الشيء المقبوض حاضرا بمجلس العقد ، فانه يجوز للطرف الآخر أن يقبضه ولو بلا إذن ، وذلك لحصول الاذن من الطرف الأول بالقبض دلالة . فلو وهب زيد لبكر فرسا

فقبض بكر الفرس وكانت حاضرة بمجلس عقد الهبة ، أو قبضها باذن الواهب وهى غائبة عن المجلس ، جاز ذلك وقام القبض مقام القبول . أما اذا قبضها وهى غائبة عن المجلس بلا اذن الواهب فالقبض غير صحيح ، وعليه ضمانها اذا هلكت ، وفى هذا خلاف مالك . وقد يكتفى بالايجاب وحده و يستغنى عن القبول والقبض كما فى هبة الولى لموليه . ومن العقود ما لا يتم بالايجاب والقبول وحدهما بل تمامه متوقف على القبض ، وذلك فى الهبة ، والصدقة ، والرهن ، والاعارة ، والقرض ، والوديعة . لكن اذا وجد الايجاب وأعقبه القبض فانه يستغنى فى هذه الحالة عن القبول ، لقيام القبض مقامه ، كما هو ظاهر .

كذلك فى العقود ما يتغير فيه الحكم بعد القبض عن الحكم قبله ، كالبيع اذا هلك المبيع فى يد البائع بعد القبول وقبل قبض المشترى اياه ، وكالنكاح اذا هلك المهر فى يد الزوج بعد تمام العقد وقبل أن تقبضه الزوجة .

وقد يصادف أن القبض يكون سابقا على العقد لسبب ما ، كأن يستعير شخص من آخر ساعة ثم يهبها المعير للمستعير بعد ذلك ، أو يقبض انسان شيئا على سوم الشراء ، أو غصبا ، أو وديعة ، ثم يبيعه المالك له أو يرهنه عنده ، أو يهبه اياه . والقاعدة لذلك أنه اذا تجانس القبضان قام الأول مقام الثانى ، فلا حاجة اذا الى قبض جديد ، وكذا الحكم اذا اختلفا ، وكان القبض الأول أقوى من الثانى ، بأن يكون قبض ضمان ، والثانى قبض أمانة . أما اذا كان الثانى هو الأقوى فلا يقوم الأول مقامه ، بل لا بد من تجديد القبض . على أنه فى حالة اغناء القبض الأول عن القبض الثانى لابد من القبول بعد الايجاب لظهور الرضا بالعقد . ويتفرع على هذا أنه لو وهب زيد لبكر ساعة مملوكة لزيد وهى وقت ايجاب الهبة فى يد بكر اما مضمونه لأنها مغصوبة أو مشتراة بعقد فاسد أو مقبوضة على سوم الشراء الخ أو أمانة لأنها مستعارة أو وديعة أو مقبوضة على سوم النظر الخ ، فلا حاجة الى تجديد القبض استغناء بالقبض الأول ، وذلك لأن القبض فى الهبة قبض أمانة ، فهو اما مساو للأول ، أو الأول أقوى منه . وعلى كل حال لا بد من قبول الموهوب له ليتم العقد . أما ان كان بدل الهبة بيع (مثلا) ، ففى صور

قبض الضمان لا حاجة الى تجديد القبض ، وفى صورة قبض الامانة لا بد من تجديد القبض ، والقبول لابد منه أيضا . فاذا لم يوجد قبض ثان ثم هلكت العين فى يد المشترى فانها تأخذ حكم هلاك المبيع بعد القبض فى صور قبض الضمان ، وتأخذ حكم هلاك المبيع قبل القبض فى صور قبض الأمانة .

وإذا رجع الموجب عن ايجابه قبل قبول الآخر ، ففى عقود المعاوضات يبطل الايجاب ، فلا يصح القبول بعد ذلك بالاجماع ، وليس للطرف الآخر كالمشترى (مثلا) أن يدعى أنه صار له حق تملك المبيع بسبب ايجاب البائع ، وذلك لأن حقيقة الملك فى العين لا تزال ثابتة للبائع ، وهى أقوى من حق التملك ، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك . ونظير هذا أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة ، ومع هذا فللولد أن يتصرف فى ماله كيف شاء مع أن حق تملك الأب اياه متعلق به . وأما فى عقود التبرعات فالحكم كذلك عند جمهور الفقهاء . وقال مالك وأصحابه لا يجوز رجوع المتبرع عما تبرع به بعد الايجاب ، سواء كان المتبرع له حاضرا ، وقبل أو لم يقبل ، أو غائبا ، وعلم أو لم يعلم ، حتى اذا مات قام وارثه مقامه لمطالبة المتبرع بما تبرع به ، ما لم يوجد مانع آخر (راجع التزام التبرعات) .

مجلس العقد

مجلس العقد هو مكانه ، و بعض العقود يشترط لوجوده شرعا اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، أعنى أن يكونا فى مكان واحد ، ومن ذلك عقود المعاوضات ، بالاجماع ، وكذا سائر التمليكات على اختلاف فى بعضها بين الأئمة كالهبة . غير أن الوصية بالاجماع لا يشترط فيها اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، اذ الايجاب فيها يكون حال حياة الموصى ، وأما القبول فلا يصح الا بعد وفاته . و بعض العقود لا يشترط فيها اتحاد المجلس كالوكالة ونحوها ، ومن ذلك كل العقود التى يكون فيها أحد الركنين يمينا والثانى معاوضة كالخلع والعتق على مال ، فان كان الايجاب من الزوج أو السيد صح قبول الزوجة والعبد فى مجلس آخر ، وذلك لأن

الايجاب هنا بمعنى اليمين ، أما اذا كانا من الزوجة أو العبد فلا بد من أن يكون جوابهما فى المجلس ، لأنهما فى هذه الحالة بمعنى المعاوضة . والمجلس قد يكون مكانا مستقرا ، وقد يكون متحركا كالدابة والسفينة . فلو تعاقدا البيع مثلا وهما فى بيت ، أو فى سفينة وهى تجرى ، صح العقد ، ولا ينقطع المجلس بجريان السفينة ، ولو عقداه وهما يمشيان أو يسيران على دابتين ، أو دابة واحدة فى محل واحد ، فان خرج الايجاب والقبول منهما متصلين ، انعقد البيع ، وان كان بينهما فصل وسكوت ، وان قل ، لا ينعقد ، لأن المجلس تبدل بالمشى والسير وان قل . وقيل يجوز فى الماشيين أيضا ما لم يتفرقا بذاتيهما ، لكن الأول هو ظاهر الرواية .

وانما اشترط اتحاد المجلس فى البيع ونحوه ، لأن الايجاب يحتاج الى جواب يلاقيه ، فوجب أن يكون القبول عقب الايجاب مباشرة حتى يتصور الانعقاد بينهما ، وهذا هو القياس ، و به قال الشافعى ، لكن فى الأخذ به عسر بالمشترى لعدم تمكينه من التأمل والتفكير فجاز القبول مع التراخى — استحسانا — مادام المجلس على حاله ، لم يتخلل فيه بين القبول والايجاب ما يدل على الاعراض من كل واحد من المتعاقدين ، ولو طال الزمن بينهما ، ما دام المجلس باقيا ، وهذا كله رعاية لجانب القابل ، ثم اشترط القبول فى المجلس رعاية لجانب الموجب ، حتى اذا افترقا كانا على بينة من أمر العقد ، فاذا قلنا بجواز القبول بعد الافتراق كان فى هذا اضرار بالموجب لأنه يصبح رهين أمر القابل ، اذ لا يدرى متى يقبل ، لكن لو قبل الطرف الآخر فى المجلس ، واشترط لنفسه الخيار فى امضاء العقد أو فسخه ، وحدد لذلك زمنا معينا ورضى به الموجب صح الشرط ، وهذا هو المسمى بشرط الخيار ، وسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى فى الكلام فى الخيارات .

وكما يكون كل من الايجاب والقبول بالقول أو بالتعاطى أو بالاشارة حال اجتماع العاقدين فى مجلس واحد ، كذلك يكونان ، أو أحدهما ، بالرسالة أو الكتابة وكل واحد من العاقدين فى مكان غير المكان الذى فيه الآخر .

وصورة الرسالة أن يرسل شخص الى آخر رسولا ، [illegible]

دارى هذه من فلان الغائب بكذا فاذهب اليه وقل له : ان فلانا أرسلنى اليك وقال لى قل له انى قد بعت دارى الفلانية من فلان بكذا ، فذهب الرسول وبلغ الرسالة ، فقال المشترى فى مجلسه ذلك قبلت ، انعقد البيع ، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ، ناقل كلامه الى المرسل اليه ، فكأنه حضر بنفسه وأوجب البيع ، وقبل الآخر فى المجلس . وصورة الكتابة أن يكتب شخص الى آخر أنى قد بعت أرضى الفلانية منك بكذا ، فاذا وصل اليه الكتاب ، فعلم ما فيه ، وقال فى مجلسه هذا قبلت انعقد البيع بينهما ، ويكون كأن الموجب حضر بنفسه وخاطب الآخر بالايجاب ، وقبل منه الآخر فى المجلس . ولو رجع الموجب قبل أن يبلغ الرسول رسالته ، أو يصل كتابه الى المكتوب اليه صح رجوعه ، كما يصح رجوعه عن ايجابه قبل قبول الآخر اذا كان حاضرا بالمجلس ، فهذا كهذا . ولا يشترط لصحة الرجوع علم الرسول به بل الرجوع صحيح قبل قبول الآخر مطلقا . أما رجوع الموجب بعد قبول المرسل اليه ، أو المكتوب له ، فلا يصح لأنه جاء بعد تمام العقد ، وخروج الأمر من يد المرسل والكاتب . ومن هنا تعلم أن العقد يتم بقبول المرسل اليه أو المكتوب له ، ولو قبل علم المرسل والكاتب . وأقول ان العقد بالتلغراف كالعقد بالكتابة ، لأنه لم يخرج عن كونه كتابة مرسومة مستبينة وان لم تكن بخط العاقد الآخر ، ولكنها نقل لصورة ما كتبه هو ووقع عليه ، وتلك الصورة تحفظ بمحل الارسال دائما ، ولا بد منها . وأما العقد بالتلفون فالذى يظهر أنه كالعقد مشافهة ، مهما طالت الشقة بينهما ، ويعتبر العاقدان كأنهما فى مجلس واحد ، اذ المعنى المفهوم من اتحاد المجلس أن يسمع أحدهما كلام الآخر ويتبينه ، وهذا حاصل فى الكلام بالتلفون ، كما هو مشاهد لنا ، غاية الأمر أنه يحتمل الكذب وتصنع صوت الغير ، لكن هذا قد يحصل فى الرسالة والكتابة أيضا . وقد يحصل العقد بواسطة الراديو كما نقلت الصحف فى هذه الأيام نبأ عقد زواج بين فتاة فى بلاد السويد وفتى فى أمريكا والمسافة بينهما ٤٢٠٠ كيلو متر ، وكان ذلك بواسطة الراديو ، وأقول ان القول فيه كالقول فى التلفون . ثم أقول إن الغرض هو أن تظهر إرادة العاقدين على أي

صورة كانت ، وألا يكون فى العقد عسر بأحدهما من حيث ارتباط الايجاب بالقبول ، الذى من أجله اشترط الفقهاء اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، حتى توسعوا ودققوا فيه ، وأتوا بصور كثيرة توهموا فيها الاعراض عن العقد من أحد المتعاقدين ، فحكموا بعدم الانعقاد فيها ، وهذا كله من أجل الاحتياط فى الموضوع .

هذا — ولو قبل عن الغائب شخص حاضر بمجلس الايجاب صح القبول وتم العقد موقوفا على إجازة الغائب ، فان أجازه لزم والا فلا . وهذا حل آخر لمسألة العقد بين حاضر وغائب .

ولو قال شخص بعت دارى الفلانية من فلان الغائب بكذا ، وأمر شخصا بتبليغه ذلك ، فتطوع بالتبليغ شخص آخر غير المأمور ، فقبل الغائب البيع صح ذلك أيضا ، وهذا بخلاف ما لو علم الغائب بايجاب البيع بدون أن يأمر الموجب أحدا بالتبليغ أصلا . والفرق بينهما أنه فى صورة الأمر بالتبليغ قد أظهر من نفسه الرضا به ، فكل من بلغه كان التبليغ برضاء الموجب ، فان قبل الغائب صح البيع ، أما اذا لم يأمر أحدا بالتبليغ فلم يظهر رضاه به ، فلم يصح ، حتى اذا قبل الغائب فلا عقد بينهما اهـ . (انظر رد المحتار) .

وفى اختيارات ابن تيمية أنه اذا كان العاقدان حاضرين فى مجلس واحد ، فأوجب أحدهما عقد النكاح ، فلا بد من قبول الآخر قبل الافتراق . أما اذا كان غائبا فانه يجوز تراخى القبول عن الايجاب اهـ . وقد استنبط هذا مما قاله أحمد فى بعض الروايات عنه فى رجل مشى اليه قومه فقالوا زوج فلانا فقال زوجته على ألف ، فرجعوا الى الزوج فأخبروه فقال قبلت ، هل يكون نكاحا ؟ قال نعم . فذهب بعض أصحاب أحمد الى أن هذا تراخى القبول عن الايجاب ، وذهب آخرون الى أنه تراخى الاجازة ، لا القبول . وأقول ان هذا نظير مذهب أبى يوسف تماما فى مسألة نكاح الفضولى التى سنذكرها قريبا هنا . فهى على ما فى ظاهر البدائع تدل على جواز تراخى القبول عن الايجاب فى الزواج ، بحيث يكون الايجاب فى مجلس ، والقبول من الغائب فى مجلس آخر ،

وعلى ما قاله غيره ان العقد قد تم بشطر واحد ، وان الحاصل من الغائب انما هو اجازة ذلك العقد . وهذه هى صورة المسألة — فى كتابنا الأحوال الشخصية — اذا تولى طرفى العقد واحد بصفة واحدة هو فيها فضولى بالنسبة للطرفين ، أو كان فضوليا من جانب واحد فقط ، فى هذه الحالة وقع خلاف بين أبى حنيفة ومحمد من جهة وأبى يوسف من جهة أخرى ، فقال أبو يوسف يتوقف العقد على الاجازة ، وقالا بفساده ، وذلك فى الصور الآتية : (١) فضولى من الجانبين ، (٢) فضولى من جانب وأصيل من جانب ، (٣) فضولى ووكيل ، (٤) فضولى وولى . ومبنى الخلاف على ماحققه فى الفتح هو فى أن ما يقوم بالفضولى عقد تام ، أو شطر عقد . فعندهما شطر فلا يتوقف على ما وراء المجلس ، وعنده هو عقد تام فيتوقف على اجازة من تولى الفضولى العقد نيابة عنه .

استدل أبو يوسف بأن كلام الشخص الواحد ينعقد به النكاح اذا كان وكيلا من الجانبين ، أو أصيلا من جانب ووكيلا من جانب ، أو وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر ، وهذا باتفاق بين أبى حنيفة وصاحبيه ، وكل ما جاز بالاذن ابتداء جاز بالاجازة بعد وجوده ، لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

واستدل الطرفان على أن الموجود بعبارته شطر العقد فقط (أى الايجاب وحده) أنها اذا كانت حاضرة بالمجلس فان العقد لا يتم الا بقبولها ، وهذا دليل على أن الموجود بعبارته هو الايجاب فقط ، بدليل أنها لو بارحت المجلس بدون قبول ، ثم قبلت بعد ذلك لا يصح العقد باتفاق ، واذا يكون الحاصل من الموجب حال حضرتها كالحاصل منه حال غيبتها تماما ، وعلى ذلك يكون الموجود من الموجب وحده هو شطر العقد فقط سواء أكانت حاضرة ، وهذا باتفاق ، أم غائبة ، وهذه هى محل النزاع . أقول — لأبى يوسف أن يجيب عن هذا بالفرق بين الحالتين ، فانها اذا كانت حاضرة فلا معنى لتراخى رضاها بالعقد الى مجلس آخر ، بل عليها أن تعلن رأيها فى المجلس ، اما بالقبول أو الرفض ، وذلك لأن ايجاب العقد اتصل بعلمها وهى فى مجلسه ، ففى تراخى القبول عسر واضرار بالزوج ، أما

اذا كانت غائبة ، فعذرها قائم فى عدم القبول فى مجلس الايجاب ، فيكتفى بابداء رأيها فى مجلس علمها بالعقد ، و بهذا يتضح الفرق بينهما . وقال الطرفان أيضا — من المتفق عليه أن الفضولى لو باشر عقد الزواج لا يملك الرجوع عنه ، بل يتم من جهته [1] ، فلو كان تزويجه أو تزوجه المرأة وهى غائبة موقوفا على اجازتها لما ملك الرجوع عما قال وهى حاضرة لكنه يملك ذلك ، فلو قام عن المجلس بعد أن أوجب ، أو قال رجعت عن ايجابى ، وكان هذا العدول منه قبل جوابها صح ذلك منه ، و يبطل ايجابه ، فلا ينعقد العقد بقبولها بعد ذلك لأنه لاقى الايجاب بعد انعدامه . فدل هذا على أن العقد لا يتم بعبارته وحدها ، اذ لا فرق بين عبارته وهى غائبة ، وعبارته وهى حاضرة ، واذا ثبت أن عبارة الفضولى ولو من جانب واحد ليست عقدا تاما ، بل هى ايجاب فقط ، وجب ألا يتم العقد الا بالقبول فى المجلس . أقول — ولأبى يوسف أن يجيب عن هذا بالفرق بين العبارتين ، حال الحضور وحال الغيبة ، على ما بينته آنفا . وهنا مسألة أخرى لا بد من النظر فيها — جاء فى المادة السادسة من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا ما نصه : « يشترط لعقد النكاح اتحاد مجلس الايجاب والقبول اذا كان العاقدان حاضرين » اه . ومفهوم هذا أنهما ان لم يكونا حاضرين معا فى مجلس واحد ، فلا يشترط أن يكون القبول فى مجلس الايجاب ، بل يجوز فى مجلس آخر ، وهو ما يدل عليه ظاهر عبارة البدائع فى حكاية مذهب أبى يوسف المذكور آنفا ، لكن الفتوى ليست على قول أبى يوسف هذا ، بل هى على قول أبى حنيفة ومحمد فى اشتراط أن يكون القبول فى مجلس الايجاب بدون أن يتخلل بينهما ما يدل على الاعراض ، واذا يجب حذف هذا القيد . واذا كان مراده أن العاقدين اذا كانا حاضرين معا فى مجلس واحد ، وجب أن يكون الايجاب من أحدهما

---

(١) بخلاف البيع فانه يملك فيه الرجوع قبل الاجازة ، وذلك لأنه فى البيع تلحقه العهدة ، فكان له الرجوع كيلا يتضرر ، وهذا بخلاف النكاح فان الحقوق فيه ترجع الى المعقود له .

والقبول من الآخر فى نفس هـذا المجلس ، فهذا فى ذاته صحيح لـكن عبارته لا تعطيه ، على ما فيها من الايهام ، ومع ذلك فان العقد بالـكتابة أو الرسالة يـكون فيه مجلس الايجاب والقبول واحدا ، وان لم يـكن العاقد الأول حاضرا بذلك المجلس فان حضور كلامه فيه على لسان الرسول ، أو فى الـكتاب الذى أرسله الى العاقد الثانى يقوم مقام حضوره هو ، واذا يـكون مجلس الايجاب والقبول واحدا مع عدم حضور أحد العاقدين بشخصه وذاته . ولا يخفى أن مفاهيم الكتب والمصنفات وأقوال الناس فى عقودهم ومعاملاتهم معتبرة بخلاف مفاهيم نصوص الشارع ، على ما بين فى موضعه من كتب علم الأصول . فـكان ينبغى أن تـكون العبارة هـكذا : « اذا كان العاقدان حاضرين معا بمجلس واحد اشترط أن يكون كل من الايجاب والقبول منهما فى هـذا المجلس بدون أن يتخلل بينهما ما يدل على الاعراض ، والا فلا انعقاد . واذا كان أحدهما فى مكان آخر جاز نقل الايجاب اليه على لسان رسول أو فى كتاب من الموجب واذا يصح قبوله فى المـكان الذى هو فيـه ، وينعقد الزواج » ، وحينئذ يستغنى عن المـادة التاسعة أيضا ويزول الايهام .

ومسألة أخرى — اذا قال الخاطب لمخطوبته زوجينى نفسك ، فعلى ما اختاره المحققون لو قالت فى مجلس آخر زوجت نفسى من فلان صح العقد ، وتم بعبارتها وحدها لقيامها مقام العبارتين ، فيعتبر قول الخاطب لها « زوجينى نفسك » توكيلا بالزواج منه ، ولم يشترط أحـد اتحاد مجلس التوكيل ومجلس العقد الموكل به ، ولا زمانهما ، واذا يكون قولها زوجت نفسى من فلان قائما مقام الايجاب والقبول معا ، باعتبارها أصيلة فى حق نفسها ووكيلة عنه فى حقه ، ولا بد من اشهادها على ما تقول ليصح الزواج . أما على ما اختاره الامام قاضيخان فلا بد من اتحاد المجلس ، على اعتبار أن كلام الخاطب ايجـاب للزواج لا توكيل ، وكلامها قبول فقط ، فـكان لا بد من اتحاد المجلس ، واذا لا ينعقد الزواج بينهما اذا كان جوابهـا فى مجلس آخر .

صيغة العقد وما يعرض لها

صيغة العقد هى ما به يكون العقد ، من قول أو اشارة ، أو كتابة ، تبيينا لارادة العاقد ، وكشفا عن كلامه النفسى . والأصل أن كل ما أدى المعنى القائم بالنفس صح به العقد بأية لغة كان ، اذ الغرض هو الابانة عن ارادة العاقد . وعلى هذا يصح العقد بالقول(١) ، ولو كان بلغة العوام أو بلغة غير اللغة العربية ، أيا كان العاقد ، ما دام كلامه مفهوما يؤدى الغرض المقصود . وكذا يصح بالكتابة أية كتابة كانت متى تحقق بها الغرض . وكذا بالاشارة المعروفة من الأخرس للضرورة لئلا تتعطل معاملاته ، ويحرم من انسانيته . وهنا بحثان :

الأول — اذا كان الأخرس غير عارف بالكتابة صحت كل التزاماته باشارته المعهودة التى تبين عن غرضه بالقدر الممكن ، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء . أما اذا كان عارفا بالكتابة التى يستطيع بها الابانة عن غرضه فهل تصح التزاماته بالاشارة فى هذه الحالة ، أو لا تصح الا بالكتابة ؟ المعتمد أنها تصح بكل منهما ، وهو رواية الجامع الصغير ، وعليها جاءت المادة العاشرة من كتاب الأحوال الشخصية ، لاطلاق النص فيها ، ووجه هذا القول أن الاشارة من الأخرس مع تحريك شفتيه وتصويته بما يبين به عن مقصوده ، أقرب الى اللفظ وأمس به من الكتابة ، فيجوز أداء الغرض بها ، ولا ينبغى اهمالها ، كما لا ينبغى اهمال اللفظ مع القدرة على الكتابة . واختار بعض محققى الفقهاء من الحنفية والشافعية أنه مع قدرة الأخرس على الكتابة لا تصح التزاماته ولا اقراره الا بالكتابة لأنها أضبط ، وأبعد عن الاحتمال ، وهذه هى رواية الأصل . ولا شك أن القول الثانى هو الأوجه ، وقد أخذت به لائحة المحاكم الشرعية المصرية فى اقرار الأخرس ، اذ جاء فيها ما نصه « اقرار الأخرس يكون باشارته المعهودة ،

---

(١) اللفظ قد يكون صريحا وقد يكون كناية فالصريح هو ما دل على المراد بدون احتمال معنى آخر ، كلفظ البيع فى عقد البيع ولفظ الوقف فى عقد الوقف . فان احتمل اللفظ معنى آخر كان كناية كقول الزوج لزوجته اذهبى يريد بذلك طلاقها . وفى الكناية لا بد من النية أو دلالة الحالة ، وأما الصريح فهو ليس فى حاجة الى النية ولا دلالة الحال .

ولا يعتبر اقراره بالاشارة اذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة » المادة ١٢٨ .

الثانى — غير الأخرس اذا كان معتقل اللسان لسبب ما ، يشترط لاعتبار اشارته دوام عقلته الى الموت ، و بعض الفقهاء قدر الامتداد الى سنة ، وقال فى الاشباه ان الفتوى على القول الأول ، وانظر جامع الفصولين . ولا يخفى ما فى كلا القولين من الحرج ، وان كان فى الثانى أخف منه فى الأول . فالأولى عندى هو تصحيح تصرفاته باشارته مع قيام أهليته اذا لم يكن قادرا على الكتابة للضرورة مع أخذ الاحتياط لذلك بالقدر الممكن ، فلا تعطل أعماله ومعاملاته ، ولا يلحق به الغبن والضرر فى أى تصرف من تصرفاته . وأما القادر على النطق فلا تعتبر التزاماته بالاشارة مطلقا ، لكنهم استثنوا من ذلك اقراره بالنسب باشارته ، وذلك لأن النسب يحتاط فى اثباته ، حفظا للولد من الضياع ، ودفعا للسبة والعار . قال فى جامع الفصولين — صبى بيد رجل فقيل له ، هذا ابنك ؟ فأومأ برأسه أى نعم ، يثبت نسبه منه اه . وقد يكون العقد بالمعاطاة كما فى البيع بدون كلام .

أعراض صيغة العقد — صيغة العقد قد تكون منجزة ، أو معلقة ، أو مضافة الى المستقبل ، وفى كل هذه الأحوال اما أن تكون مدة العقد مؤبدة ، أو موقتة . أمثلة ذلك :

(١) جعلت أرضى الفلانية صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين أبدا (منجزة ومؤبدة) .

(٢) أجرتك دارى الفلانية بكذا مدة سنة (منجزة وموقتة) .

(٣) ان رجع عبدى فلان من الحج سالما فهو حر لوجه الله تعالى (معلقة ومؤبدة) .

(٤) ان مت فقد جعلت لفلان الانتفاع بغلة أرضى الفلانية ثلاث سنين (معلقة وموقتة) .

(٥) جعلت أرضى الفلانية صدقة موقوفة لله تعالى من أول المحرم الآتى (مضافة ومؤبدة) .

(٦) أجرتك أرضى الفلانية من أول أكتوبر سنة ١٩٣٥ مدة ثلاث سنين (مضافة وموقتة) .

فالعقد المنجز : هو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة الى المستقبل . وحكم العقد المنجز ترتب حكمه عليه فى الحال بعد استيفاء كل شروطه وأركانه ، كقوله تزوجتك وقولها قبلت . وكقوله بعتك دارى الفلانية بكذا وقول الآخر اشتريتها بذلك . فالنكاح تثبت أحكامه فى الحال عقب القبول مباشرة ، والملكية فى البيع تنتقل الى المشترى عقب قبوله . وهكذا الشأن فى كل العقود المنجزة . كقول السيد عبدى فلان حر ، وقول الزوج زوجتى فلانة طالق الخ .

وكل العقود يصح تنجيزها الا ما لا يقبل ذلك بطبيعته كالوصية ، والايصاء ، فان حكم كل منهما لا يثبت الا بعد موت الموصى ، ولو كانت الصيغة منجزة ، كقوله أوصيت لفلان بكذا من مالى ، وأقمت فلانا وصيا على أولادى .

والعقد المضاف : هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الايجاب الى زمن مستقبل . وحكمه أنه ينعقد علة فى الحال ، ولكن لا يترتب عليه حكمه الا عند مجىء الوقت الذى أضيف اليه . فلو قال أجرتك دارى من أول شهر يناير الآتى لا يترتب على هذا العقد حكمه الا من أول يناير المذكور . وكذا لو قال جعلت أرضى صدقة موقوفة لله تعالى بعد شهر ، لا تكون وقفا الا بعد شهر . وكذا لو قال عبدى حر أو زوجتى طالق فى أول السنة القادمة لا يثبت كل من الحرية للعبد والطلاق للزوجة الا فى أول السنة القادمة ؛ وهكذا .

والعقد المعلق : هو ما رتب وجوده على وجود أمر آخر ، فان كان ذلك الأمر الآخر محقق الوجود فى الحال ، كان تعليق العقد صوريا فقط ، وهو فى الحقيقة تنجيز . مثال ذلك أن تقول لابنك (مثلا) ان نجحت فى امتحان هذا العام فقد وهبت لك كذا وكذا ، وقد كنت قلت ذلك بعد تمام الامتحان ، وقبل ظهور النتيجة ، ثم ظهر أنه كان ناجحا ، فالهبة منجزة ، وان كان العقد فى الصورة معلقا . ومن ذلك أيضا ما لو قال شخص لآخر زوجنى بنتك ، فقال قد زوجتها من فلان ، قبل هذا ، فكذبه الخاطب ، فقال ان لم أكن زوجتها من

فلان ، فقد زوجتها منك ، وقبل الآخر ، فظهر كذبه ، ينعقد هذا ، اذ التعليق بشرط كائن تحقيق ، ألا ترى أنه لو قال لزوجته أنت طالق ان كانت السماء فوقنا ، والأرض تحتنا ، تطلق للحال ؟ (جامع الفصولين) . وان كان المعلق عليه مستحيل الوقوع عقلا أو عادة كان العقد باطلا ، اذ المستحيل لا يمكن وجوده ، والا لم يكن مستحيلا ، وهذا خلاف الفرض ، والمرتب وجوده ، على وجود ما لا يمكن وجوده يستحيل أيضا أن يتحقق وجوده ، واذا يكون غرض المتكلم بتلك الصيغة هو ايذان المخاطب باستحالة الأمر بضرب من ضروب التوكيد .

أما اذا كان المعلق عليه على خطر الوجود ، أى يجوز أن يوجد فى المستقبل ويجوز ألا يوجد ، فهذا هو التعليق المراد ، وفيه لا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه الا بعد وجود المعلق عليه ، فلو قال لعبده اذا شفيت من مرضى فأنت حر ، فالعبد لا يصير حرا الا اذا وجد شفاء سيده من مرضه ، وكذا لو قال لزوجته ، أنت طالق ان كلمت فلانا ، لا تطلق الا بعد أن تكلم فلانا المذكور . وهنا يجب التنبه الى ثلاثة أمور :

(الأول) الفرق بين الاضافة والتعليق . وحاصله أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم ، فان نحو (أنت طالق ان كلمت فلانا) منع انعقاده سببا للحال ، وجعله متأخرا الى وجود الشرط ، فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا الى حكمه ، وهو الطلاق . وأما الايجاب المضاف ، مثل (أنت طالق غدا) فانه ينعقد سببا للحال لانتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية ، لكن يتأخر حكمه الى الوقت المضاف اليه ، فالاضافة لا تخرجه عن السببية ، بل تؤخر حكمه ، بخلاف التعليق . ومما يتفرع على هذا الفرق أنه لو قال ، ان جاء غد فلله على أن أتصدق بكذا ، لا يجوز له التصدق قبل الغد لأنه تعجيل للمسبب قبل السبب . ولو قال ، لله على أن أتصدق بكذا غدا ، جاز له التعجيل بالتصدق قبل الغد ، لأنه يكون حينئذ بعد السبب ، وذلك لأن الاضافة دخلت على الحكم ، لا على السبب ، فهو تعجيل للمؤجل ، وذلك جائز . ومما يتفرع عليه أيضا أنه لو حلف لا يطلق امرأته ، فأضاف الطلاق الى الغد ، حنث ، وان علقه لم يحنث . لكن قال فى جامع الفصولين

اذا كانت الاجارة مضافة ، ثم باع المؤجر ما أجره أو وهبه قبل الوقت فانه يفتى بجواز ما صنع ، وتبطل الاجارة ، فلو رد عليه بعيب بقضاء ، أو رجع فى الهبة قبل الوقت ، عادت الاجارة ، ولو عاد اليه بملك مستقبل لا تعود الاجارة اه . وعلى هذا يكون العقد المضاف غير لازم قبل مجيء الوقت المضاف اليه ، وان كان له وجود فى ذاته من حيث وجود السبب . ثم أى فرق يظهر و يكون مقنعا بين قوله (أرضى موقوفة غدا) و (ان جاء غد فأرضى موقوفة) ، اذ قالوا بجواز الأول ، ولم يقولوا بجواز الثانى — أنظر البحر . فالحق أن الفرق بين الاضافة والتعليق من أشكل المسائل ، كما قال ابن نجيم . وانظر التحرير وشرحه . وما سيأتى فى الأحكام الأربعة للعقود .

(الثانى) حقيقة التعليق عند كل من الامامين الشافعى وأبى حنيفة : ذهب الشافعى الى أن المعلق يكون علة فى الحال ؛ لكن يتراخى الحكم الى وجود الشرط ، المعلق عليه ، وذهب أبوحنيفة الى أن المعلق لا ينعقد علة الا عند وجود الشرط ، وأما قبل ذلك فهو علة اسما فقط من حيث اضافة العقد اليه بدون أن يكون له أى تأثير قبل وجود الشرط . فمذهب الشافعى فى العقد المعلق كمذهب أبى حنيفة فى العقد المضاف ، من حيث انعقاد كل منهما سببا فى الحال مع تأخير الحكم الى وجود الشرط فى المعلق عند الشافعى ، ومجيء الوقت عند أصحابنا وعنده . وصورة ذلك أن يقول شخص (مثلا) ان ملكت فلانا العبد فهو حر ؛ وان تزوجت فلانة فهى طالق . قال الشافعى ان علة العتق وهى قوله « هو حر » وعلة الطلاق ، وهى قوله « هى طالق » ، موجودة الآن ، ومتى وجدت العلة وجب أن تؤثر فى محلها ليترتب على ذلك حكمها ، لكن فى صورة التعليق على الشرط ، وجد دليل على تراخى الحكم حتى يوجد الشرط ، فان وجد ، وجد الحكم عند وجوده ، والا بطل عمل العلة لعدم الشرط . وأما تأثير العلة فلم يقم دليل على زواله ، وعدم وجوده عند وجودها ، واذا فهو باق معها وموجود بوجودها ، والتأثير لا بد له من محل قابل وقت وجود العلة ، والا كان الكلام عبثا ولغوا ، وفى المثالين السابقين لم يوجد المحل وقت وجود التعليق ، فيلغو ،

وعلى هذا اذا اشترى العبد بعد ذلك فلا يعتق ، واذا تزوج المرأة فلا تطلق ، وهنا بخلاف ما لو كان العبد ملكه ، والمرأة زوجته وقت التعليق ، وقد علق العتق والطلاق على شرط غير الملك والزواج ثم وجد المعاق عليه ، فان العبد يعتق والمرأة تطلق ، وذلك لوجود المحلية وقت التعليق وهو وقت عمل العلة وتأثيرها ، لكن الحكم تراخى الى وجود الشرط ، نزولا على حكم الشرط . ويقول الشافعى ان الكلام المعلق عبارة عن جملتين ارتبطتا بأداة الشرط ، الجملة الأولى « أنت طالق » ، والثانية « تزوجتك » أو « كلمت فلانا » ، وأداة الشرط هى ان أو ما فى حكمها . والجملة الأولى وهى أنت طالق علة تعمل عملها على الاطلاق ، لكن لما ارتبطت بها الجملة الثانية بأداة الشرط منعت ترتب الحكم عليها فى الحال . ونظير هذا خيار الشرط فى البيع ، اذ لولاه لترتب على البيع حكمه فى الحال ، لكن تراخى الحكم لوجوده بنص الشارع نفسه ، وللحاجة الى التروى والاستشارة ، ولا بد من وجود المبيع عند البيع والا خلا العقد من محله فيكون بيعا باطلا ، كذلك الحال فى العلة المعلقة على شرط يتراخى فيها الحكم فقط ، ولا بد من وجود المحل عند وجودها .

وقال أبو حنيفة ان الحاجة الى عمل العلة انما تكون عند وجود الشرط ، فاذا وجد الشرط تحقق وجود المحل فى مثل ان ملكت فلانا فهو حر ، وان تزوجت فلانة فهى طالق ، فتعمل العلة عملها فى ذلك الوقت وأما ان كانت المحلية موجودة عند وجود التعليق ، وكان التعليق على شرط غير الملك والزواج ، فالظاهر أن المحل يكون موجودا عند وجود الشرط بحكم الاستصحاب ولذا يصح التعليق ، فان صادفت العلة وجود المحل عند وجود الشرط عملت عملها ، والا بطل التعليق . أما اذا لم يكن المحل موجودا عند وجود التعليق ، وكان التعليق على غير السبب من ملك وزواج ونحوهما فان التعليق يكون باطلا فلا يترتب عليه شىء حتى لو وجد الشرط المعلق عليه . وعلى ذلك اذا قال لامرأة هى غير زوجته ان كلمت فلانا فأنت طالق ، ثم تزوجها فكلمت فلانا فلا تطلق بالاجماع ، وذلك لانعدام المحلية وقت التعليق ولعدم تحقق وجودها عند وجود الشرط ، وان

كانت قد وجدت بطريق المصادفة والاتفاق . واذا قال لزوجته ان كلمت فلانا فأنت طالق ثم كلمته والمحلية قائمة وقت كلامها اياه وقع الطلاق بالاجماع ، فان لم تكن المحلية موجودة وقت وجود الشرط لغا التعليق بالاجماع . واذا قال ان تزوجت فلانة فهى طالق ثم تزوجها فعلى قول أبى حنيفة وأصحابه تطلق لتتحقق المحلية عند وجود الشرط حتما ، وقال الشافعى لا تطلق لعدم المحلية وقت التعليق . وثم خلاف آخر بين أبى حنيفة وأصحابه من جهة و بين زفر من جهة أخرى فى محلية الزوجة بالنسبة لملك الزواج اذا زال الملك الذى حصل فيه التعليق بالطلاق الثلاث ثم تجدد ملك آخر ، فليرجع اليه فى كتب الأصول فى مبحث العلة

و يقول أبو حنيفة ان الكلام المعلق هو جملة واحدة كالمبتدأ والخبر فالمتكلم به يريد أن يكون وجود العلة حقيقة وتأثيرها عند وجود الشرط ، وأما قبله فلا . و يقول ان القياس على خيار الشرط لا يجوز لأنه جاء مخالفا للأصل ، اذ طبيعة العقد تقتضى أن يترتب عليه حكمه فى الحال اذ المعلول لا يتخلف عن علته ، لكننا نزولا على حكم الشارع قلنا بخيار الشرط اتباعا للنص ، على أن العلل الشرعية هى علل جعلية لا حقيقية ، ان شاء الشارع رتب عليها معلولاتها فى الحال ، وان شاء جعلها متراخية ، وآذننا بذلك ، وكل ما لم يرد فيه نص فانه يبقى على الأصل فيعقب المعلول علته متى وجدت كاملة اسما ومعنى وحكما . والحاصل أن نصوص الشارع يجب العمل بها متى ثبتت ، وعند عدم النص يكون للاجتهاد مجاله . ونظير ذلك عندنا الآن تسجيل العقود الناقلة للملك فان عدم التسجيل يجعل الحكم متراخيا حتى يسجل العقد بشروطه .

الثالث — فى بيان الفرق بين تعليق العقد على شرط ، واقتران العقد بالشرط :

تعليق العقد على شرط قد تقدم تعريفه ، وأما اقترانه بالشرط فهو أن يزاد على العقد شرط فيه فائدة لأحد العاقدين أو لغيرهما ، و بالجملة يشترط فيه أمر زائد على ما يقتضيه العقد ، وقد يكون الشرط من ملائمات العقد أو مقتضياته ، على ما سيأتى موضحا فى محله فى مبحث الشرط بعد انهاء الكلام فى العقود . ففى

قولك بعتك دارى ان رضى أبى فى خلال ثلاثة أيام (مثلا) ، العقد معلق على رضا الأب فى هذه المدة ، حتى اذا وجد الرضا وجد البيع ، والا فلا ، وفى قولك بعتك دارى بكذا على ان أسكن فيها بعد البيع ستة أشهر (مثلا) فالعقد فى هذه الحالة غير موقوف على شىء ، لكن اشترط البائع على المشترى شرطا خارجا عن مقتضى العقد فيه نفع له وهو سكناه الدار بعد بيعها وخروجها من ملكه ستة أشهر . ولأذكر هنا عبارة الحموى فى الفرق بينهما ، قال : الشرط ما جزم فيه بالأصل أى أصل الفعل ، وشرط فيه أمر آخر ، وان شئت فقل فى الفرق ، ان التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بان أو احدى أخواتها ، والشرط التزام أمر لم يوجد فى أمر وجد بصيغة مخصوصة اه .

وقد يقترن الشرط بالعقد فى كل أحواله ، فيقترن به منجزا ومضافا ومعلقا ، سواء أكان مؤبدا أم مؤقتا . أمثلة :

(١) اشتريت منك دارك الفلانية بألف جنيه ، على أن تحضر لى كفيلا بالثمن اذا ظهر أن الدار مستحقة لغيرك .

(٢) أجرتك دكانى بشارع الموسكى مدة سنة بأجرة كذا ، على شرط ألا تبيع فيها ما لم تجر العادة ببيعه فى الموسكى كالفسيخ والسمك ونحوها .

(٣) جعلت دارى صدقة موقوفة لله تعالى من أول السنة المقبلة على الفقراء والمساكين ، على شرط أن أنتفع بغلتها مدة حياتى .

(٤) أجرتك أرضى من أول يناير الآتى مدة ثلاث سنين بأجر كذا ، على ألا تزرع فيها قصبا ولا قطنا ، ولا تؤجرها لغيرك .

(٥) ان شفيت من مرضى فقد أعتقتك ، على أن تعوضنى فى مقابلة ذلك عشرة جنيهات .

(٦) ان مت فقد جعلت لفلان سكنى دارى الفلانية عشر سنين ، على ألا يؤجرها للاستغلال ، بل يسكنها بنفسه وزوجته وأولاده .

الكلام فى العقود من حيث تعليقها واضافتها
وما يصح من ذلك وما لا يصح (١)

تنقسم العقود من حيث التعليق بالشرط الى ثلاثة أقسام :

(الأول) ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقا (٢) وهو يشمل ما يأتى :

(ا) كل مبادلة مال بمال ، كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والمزارعة والقسمة والصلح على مال . وكذا اجازة هذه العقود . غير أنه استثنى من تعليق البيع صورة واحدة ، وهى أن يقول بعت هذا منك بكذا ان رضى فلان ، فانه يجوز ان وقته بمدة معينة ، وذلك لأنه اشتراط الخيار الى أجنبى ، (أى غير العاقدين وهو جائز) وهاك الأمثلة :

بعتك دارى ان باع لى فلان داره . اشتريت منك عزبتك الفلانية ان ربحت نمرتى فى يا نصيب جمعية المواساة . أجرتك دارى الفلانية بكذا ان قدم فلان من السفر ولم يستأجرها بأكثر من ذلك ، استأجرت منك دارك ببنى سويف ان نقلتنى الحكومة اليها . زارعتك أو ساقيتك ان سافر ابنى الى بغداد فى الشهر الآتى . قاسمتك الدار التى بيننا ان جاء أبى من السفر ورضى بذلك . صالحتك على مبلغ كذا ان ربحت الدعوى التى أقمتها على فلان . أجزت بيع فلان دارى الفلانية ، ان لم يحضر لها مشتر آخر فى أثناء هذه السنة .

(ب) كل ما كان مبادلة مال بغير مال كالزواج والخلع على مال . أمثلة :

تزوجتك ان رضى أبى . خالعتك على كذا ان تزوجت فلانة .

---

(١) وأما الكلام فى اقترانها بالشرط فسنذكره عند الكلام فى الشروط بعد استيفاء الكلام فى العقود .

(٢) اذا قيل عقد كذا كالبيع مثلا لا يصح تعليقه فليس المراد به بطلان نفس التعليق ، بل المراد أنه يفسد بالتعليق ، اه باختصار من رد المحتار . وعلى ذلك اذا قال شخص لآخر ان كانت دار فلان فى ملكى فقد بعتها لك بكذا فقبل ثم أصبحت الدار ملكا له فان البيع ينعقد بينهما حينئذ لصدوره من أهله فى محله ، غير أنه يكون فاسدا لما فيه من المخاطرة ومعنى القمار وقت التعليق ، ولا يكون باطلا لسلامة أركانه ومحله ، وعلى ذلك تجرى عليه أحكام البيع الفاسد التى سنذكرها فى موضعها فيما يأتى لأنه تبين حينئذ أنه نوع من أنواعه ، وهذا هو الذى ظهر لى من كلام صاحب رد المحتار والقواعد العامة تؤيده .

(ج) التبرعات كالهبة والقرض . أمثلة :

وهبت لك دارى ان نجحت فى الامتحان . اذا بعت لى دارك بألف جنيه أقرضتك ألف جنيه أخرى .

(د) التقييدات ، كعزل الوكيل والحجر على الصبى المأذون له بالتجارة . أمثلة :

ان قدم فلان فقد عزلتك / إن جاء وكيلى فقد حجرت عليك

(ه) الرهن والاقالة . أمثلة :

رهنتك دارى ان اشتريت دار فلان . اذا قال البائع للمشترى بعد أن تم البيع بينهما ولزم ، انك اشتريت دارى (مثلا) رخيصة ، فقال له المشترى ان وجدت مشتريا بالزيادة فبع له ، فوجد فباع بأزيد لا يصح البيع الثانى لعدم صحة الاقالة .

(تنبيه) فى العقود المتقدمة اذا كان المعلق عليه موجودا وقت التعليق صحت كلها وكانت عقودا منجزة كما قدمنا . وقد عللوا عدم صحة التعليق فى العقود السالفة بأن فى التعليق معنى القمار ، لأنه يجوز أن يوجد المعلق عليه ويجوز ألا يوجد ، فصونا لأموال الناس من الضياع اذا دفع البدل كله أو بعضه وقت التعليق وقبل وجود الشرط ، ومنعا لتعطيلهم عن النظر الى شيء آخر حتى يوجد الشرط ، ولا يدرى هل يوجد أو لا ، واذا وجد فمتى يوجد . فلأجل هذا كانت محظورة . ولأذكر هنا لأجل تمام الفائدة التعليل الذى قاله فى الفروق لذلك قال ان انتقال الأملاك يعتمد الرضا ، والرضا انما يكون مع الجزم ، ولا جزم مع التعليق ، فان شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول ، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج ، وحصاد الزرع . ولكن الاعتبار فى ذلك بجنس الشرط ، دون أنواعه وأفراده ، فلوحظ المعنى العام دون خصوصيات الأنواع والأفراد اه .

(تنبيه) تعليق التبرعات وان لم يكن جائزا عند أبى حنيفة وأصحابه هو جائز عند مالك . راجع مقالتنا التزام التبرعات .

(القسم الثانى) ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط ، وهو ينتظم الكفالة

والحوالة والاطلاقات كالاذن للصبي بالتجارة . أمثلة :

ان استحق المبيع فأنا ضامن للثمن . ان لم يؤد فلان ما لك من الدين عليه الى ستة أشهر (مثلا) فأنا أؤديه عنه . متى ثبت لى قدرتك على البيع والشراء أذنت لك بالتجارة .

(القسم الثالث) ما يصح تعليقه بالشرط مطلقا ، ويشمل ما يأتى :

(ا) الاسقاطات المحضة ، كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد وجوبها . أمثلة :

ان كلمت فلانا فأنت طالق . ان عاد أخى من السفر فأنت حر . ان كان الذى اشترى الدار هو فلان لنفسه فقد سلمت الشفعة .

(ب) الالتزامات التى يحلف بها [1] ، كالحج والصلاة والصوم . أمثلة :

ان عوفيت من مرضى فلله على أن أحج هذا العام ، أو أصلى مائة ركعة ، أو أصوم ثلاثة أيام (مثلا) .

(ج) الوكالة والايصاء والوصية . أمثلة :

ان حصل كذا فأنت وكيلى أو وصيى أو أوصيت لك بكذا .

ما يصح اضافته الى المستقبل وما لا يصح :

(ا) ما لا يمكن تمليكه فى الحال ، وما كان من الاسقاطات ، والاطلاقات ، والالتزامات ، يصح اضافته الى الزمن المستقبل . وذلك كالاجارة وفسخها ، والمزارعة ، والمساقاة ، والمضاربة ، والوكالة ، والكفالة ، والايصاء ، والوصية ، والقضاء ، والامارة ، والطلاق ، والعتاق ، والوقف ، والعارية ، والاذن فى التجارة للصبى .

فالاجارة وفسخها والعارية والمزارعة والمساقاة والايصاء والوصية ، لا يمكن التمليك فيها فى الحال ، لأن الاجارة تمليك المنافع وهى تتجدد شيئا فشيئا ، ومثلها العارية ، وذلك لا يتصور وجوده فى الحال ، وفسخ الاجارة تابع للاجارة ،

(١) أى تكون كاليمين بالله من حيث تقوية عزم الحالف على ما حلف عليه من فعل أو ترك .

والمزارعة ، والمساقاة جعلتا فى حكم الاجارة ، والايصاء والوصية لا يكون لهما حكم الا بعد الموت ، والمضاربة والوكالة من الاطلاقات ، ومن جملة الاسقاطات ، والطلاق والعتاق من الاسقاطات ، أو من الاطلاقات ، والوقف اسقاط ، والكفالة التزام ، والقضاء والامارة اطلاق وتفويض .

(ب) وما يمكن تمليكه فى الحال لا تصح اضافته الى الزمان المستقبل ، كما لا يصح تعليقه ، وذلك كالبيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة وعقد النكاح والصلح عن مال والابراء من الدين .

وهذا القدر يكفى هنا . وليراجع جامع الفصولين والدر ورد المحتار والتبيين والبحر .

الأدوار التى يمر بها العقد وبيان أحواله فى كل أدواره

قد يمر العقد بعدة أدوار ، ويتكيف بجملة تكيفات ، وقد يخرج سليما أو معيبا . وهاك جملة القول فى ذلك :

اذا وجد الايجاب والقبول ، ولكن لم يتواردا على محل واحد ، فلا يوجد عقد ولا انعقاد أصلا ، كأن يقول شخص لآخر بعتك دارى التى بالاسكندرية بمبلغ ألف جنيه ، فيقول الآخر اشتريت أرضك التى فى الزمالك بثلاثة آلاف جنيه . وكأن يقول رجل لآخر زوجتك ابنتى فاطمة الكبرى فيقول الآخر قبلت زواج ابنتك عائشة الصغرى .

فاذا وافق القبول الايجاب ، ولو ضمنا (كما تقدم) فقد وجد العقد والانعقاد ، وهذا هو الدور الأول للعقد . فان لم يكن المحل قابلا لحكم العقد كبيع المسجد أو القلاع والحصون أو الشوارع العامة ، أو كان العاقدان أو أحدهما غير أهل للعقد ، فان العقد يكون باطلا لا يترتب عليه حكمه ، ويكون كأن الايجاب والقبول لم يوجدا ، أما لعدم صلاحية المحل فان العلة تكون ضائعة لا عمل لها ، وأما لعدم اعتبار الايجاب أو القبول فلصدوره ممن ليس أهلا له كالمجنون والصبى غير المميز مطلقا ، وكعدم البلوغ والحرية فى التبرعات والاسقاطات .

فاذا كان المحل صالحا لحكم العقد ، وأهلية العاقدين متحققة لكن وجد خلل فى الشروط الأخرى ، كان العقد فاسدا ، كالبيع مع جهالة الثمن ، أو جهالة الأجل ، أو مع عدم الرضا .

فان سلمت أركانه وصفاته جميعا كان صحيحا . وبعد ذلك ان كان صادرا من مالك أهل للاستقلال بصدوره كالحر البالغ العاقل ، أو من غير مالك لكن له ولاية اصداره كالولى والوصى والوكيل كان نافذا . وان كان صادرا من مالك غير أهل للاستقلال بصدوره كالصبي المميز فى عقود المعاوضات ، أو صادرا من غير ذى ولاية شرعية ، كالفضولى ، كان صحيحا موقوفا ، فتلحقه الاجازة ممن يملكها من ولى أو وصى أو من الصبي بعد بلوغه ، أو من مالك هو أهل للاستقلال بصدور العقد . ولا تلحق الاجازة الا العقد الصحيح الموقوف ، وأما الباطل والفاسد فلا تلحقهما الاجازة بحال . والعقد الصحيح النافذ تترتب عليه آثاره فى الحال ، وأما الصحيح الموقوف فان حكمه يتراخى الى وقت الاجازة ، فان أجيز اجازة معتبرة شرعا ترتبت عليه آثاره من وقت انعقاده ، أى يكون الحكم فيه مستندا ، أى له أثر رجعى فيثبت من مبدأ وجود العقد ، ولو طال الزمن بينه وبين الاجازة ، متى كانت الاجازة مستوفية شرائطها . وبعد نفاذ العقد يكون اما غير لازم من الطرفين كعقد الوكالة ، أو لازما من الطرفين كعقد البيع ، أو لازما بالنسبة لأحد العاقدين كعقد الرهن فهو لازم بالنسبة للراهن المدين ، وليس بلازم بالنسبة للمرتهن الدائن . وللعاقد الذى لم يلزم العقد بالنسبة له أن يستبد بفسخه ، ما لم يتعلق به حق الغير كما فى بعض صور الوكالة ، وأما العاقد الذى لزم العقد بالنسبة له فلا يستقل بفسخه الا اذا كان الخيار ثابتا له بالشرط أو بحكم الشرع كخيار الرؤية وخيار العيب . ومن جهة أخرى قد يكون العقد باتا أى قطعيا ، وقد يكون غير قطعى كبيع الوفاء .

والحاصل : ان العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا ، والمراد بمشروعية ذاته أن يكون ركنه صادرا من أهله ، مضافا الى محل قابل لحكمه ، والمراد بمشروعية أوصافه أن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل ،

وألا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد ، اذا كان من العقود التى تفسد بفساد الشرط كالبيع ونحوه .

والعقد الصحيح ينقسم الى قسمين : نافذ ، وموقوف . وقد ذكرنا آنفا حكم كل منهما .

والعقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ، أى أن يكون صحيحا باعتبار أصله لا خلل فى ركنه ولا محله ، لكنه فاسد باعتبار بعض أوصافه ، كأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة ، أو يكون مصحوبا بشرط يفسده ، أو من العقود المنهى عنها لوصفها لا لذاتها كعقود الغرر . وحكم العقد الفاسد أنه لا يفيد الملك فى المعقود عليه ، الا بقبضه برضا صاحبه . والمبيع مضمون على المشترى الذى قبض المبيع فى البيع الفاسد اذا هلك فى يده بمثله أو قيمته .

والعقد الباطل هو ما ليس مشروعا لا بأصله ولا بوصفه ، أى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل ، بأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للعقد ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد ، على أنه يكفى لبطلان العقد وقوع الخلل فى ركنه أو محله فقط ، سواء سلمت صفاته الخارجة أم لا . وحكم العقد الباطل أنه لا ينعقد أصلا ، ولا يفيد الملك فى الأعيان المالية ، ولو بالقبض . وهل يضمن المبيع بيعا باطلا بالقبض ؟ قيل هو أمانة وقيل هو مضمون (انظر الهداية) .

(تنبيه) قد يحكم ببطلان العقد مع سلامة ركنه وصلاحية محله ، لاعتبارات أخرى ، كما فى الزواج بغير كفء على رواية الحسن بن زياد ، وكنكاح المحلل على ما هو القول الحق من أقوال الفقهاء فيه ، وكمسائل أخرى منثورة فى كتب مذهب الامام مالك ، وكتب مذهب الامام أحمد وغيرها .

والذى قدمناه من تقسيم العقد الى صحيح وفاسد وباطل هو رأى فريق من الفقهاء . منهم أبو حنيفة وأصحابه . وفريق منهم يقسمه الى صحيح وباطل فقط . وهاك جملة القول فى ذلك .

كل عقد من العقود لا يخلو من احدى حالات ثلاث : (الأولى) أن تسلم أركانه ومحله وأوصافه . (الثانى) أن تسلم أركانه ومحله وتختل أوصافه فيما وراء

ذلك، كلها أو بعضها . (الثالث) ان تختل أركانه أو محله أو هما جميعا سواء سلمت أوصافه أم اختلت ، أيضا . ففى الحالة الأولى يكون للعقد ماهية موجودة متحققة بالاجماع . وفى الحالة الثالثة ، لا يكون للعقد ماهية موجودة بالكلية ، اذ وجود الماهية انما يكون بوجود أجزائها كلها سالمة من أركان ومحل ، والمفروض فى هذه الحالة أن الأمر ليس كذلك . وأما الحالة الثانية فقد ألحقها أبو حنيفة ومن أخذ أخذه بالحالة الأولى ، وألحقها الامام أحمد ومن حذا حذوه بالحالة الثالثة . وجهة نظر أبى حنيفة ومن وافقه أن أصل الماهية يعنى الأركان والمحل سالم من الفساد والخلل لكن الصفات ليست سالمة ، فلو قلنا بصحة العقد مطلقا لساوينا بين الماهية السالمة فى ذاتها وصفاتها ، و بين الماهية المتضمنة للفساد فى صفاتها ، وذلك غير جائز ، فان التسوية بين مواطن الفساد ، و بين السالم عن الفساد ، خلاف القواعد . فتعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل ، والوصف بالوصف ، فنقول أصل الماهية سالم عن الفساد ، والأصل فى التصرفات والعقود الصحة حتى يرد نهى ، وعلى هذا يثبت لأصل الماهية الأصل الذى هو الصحة ، و يثبت للوصف الذى هو الزيادة المتضمنة للفساد — أو أى وصف آخر مفسد — الوصف العارض وهو نهى الشارع ، فيفسد الوصف دون الأصل . فسبب فساد العقد والتصرف هو نهى الشارع ، أو اقتضاء العقل ذلك مع اقرار الشارع ذلك الاقتضاء ، فان كان النهى متعلقا بذات المنهى عنه كبيع الخمر والخنزير ، فالعقد باطل لأن الخلل دخل على الأصل فأفسده فلم يكن لماهية العقد وجود شرعى ، وان كان النهى متعلقا بوصف المنهى عنه ، كالنهى عن البيع مع الشروط المفسدة و بيع الغرر وكعدم تعيين الثمن أو الأجل فى عقد البيع ، فالأصل سالم والفساد فى الأوصاف بسبب نهى الشارع ، فيراعى فى الحكم الأمران جميعا ، سلامة الأصل وفساد الوصف . ووجهة نظر الامام أحمد ، أن الشارع اذا نهى عن أمر دل هذا النهى على فساد المنهى عنه ، سواء أكان النهى لذات المنهى عنه ، أم لوصف متعلق به ، كما تقدم ، أم لوصف مجاور له ، كالنهى عن البيع اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة . وما احتج به لمذهب أبى حنيفة يرد عليه بأن

الوصف اذا نهى عنه سرى النهى الى الموصوف لأن الوصف لا وجود له مفارقا للموصوف ، فيؤول الأمر الى أن النهى يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف ، فيتسلط النهى عليه . واذا لا يكون فرق بين الحالتين الثانية والثالثة ، ويكون العقد اما صحيحا أو غير صحيح لا غير .

هذه خلاصة ما جاء فى الفروق وحاشيته .

وفى الهداية ما ملخصه أن المبيع بيعا فاسدا يملكه المشترى اذا قبضه بأمر البائع ، أو كان حاضرا بمجلس العقد ، وقبضه بحضرته لوجود الاذن منه دلالة ، وقبل القبض لا يثبت للمشترى ملك فى المبيع كيلا يؤدى هذا الى تقرير الفساد ، ولضعف السبب (وهو العقد) عن افادة الملك ، حتى اذا اعتضد بالقبض تقوى على افادة الحكم . ومع ذلك فلكل من العاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه ، فيكون الفسخ امتناعا منه ، وكذا بعد القبض اذا كان الفساد فى صلب العقد — كما اذا كان يرجع الى الثمن — لقوته ، وان كان الفساد لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد ، الا أنه لم يتحقق الرضا فى حق من له الشرط ، لأنه لم يتعاقد الا على هذا الشرط . فان باعه المشترى نفذ بيعه لأنه ملكه فله التصرف فيه ، وحينئذ يسقط حق استرداد البائع اياه لتعلق حق المشترى الثانى به ، ولم يكن السبب الداعى لنقض الأول الا أنه حق الشرع ، لكن حق العبد عند معارضته لحق الله تعالى يقدم باذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده ، وفقر العبد وضيقه . ولأن العقد الأول مشروع بأصله دون وصفه ، والعقد الثانى مشروع بأصله ووصفه ، فلا يعارضه مجرد الوصف ، ولأن البيع الثانى حصل بتسليط من جهة البائع ، وهذا بخلاف الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ، ويستويان فى المشروعية ، ولأن تصرف المشترى لم يحصل بتسليط من الشفيع ، ولذا يكون للشفيع نقضه ، أهـ بايضاح مع بعض زيادات من الفتح والعناية . وباقى أحكام البيع الفاسد هناك .

وقال الشافعى ان المبيع بيعا فاسدا لا يملكه المشترى بالقبض لأن البيع الفاسد منهى عنه ، وكل منهى عنه محظور وممنوع ، ولا ينبغى أن تنال النعمة — وهى هنا

ملك المبيع — بالمحظور ، ولأن النهى نسخ للمشروعية ، وذلك للتضاد بينهما ، اذ النهى يقتضى القبح ، والمشروعية تقتضى الحسن ، فبينهما منافاة ، فكيف يجتمعان ؟ وأجاب عن ذلك فى الهداية بأن العقد الفاسد صدر من أهله فى محله ، فوجب القول بانعقاده ، والنهى يقرر المشروعية ، لأنه اذا نهى عن عمل مشروع فى الجملة كالنهى عن البيع فى بعض صوره فهذا يقتضى أن البيع المنهى عنه متصور الوجود شرعا ، فنفس البيع مشروع و به تنال النعمة ، وانما المحظور ما يجاوره من الوصف ، كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة فهو صحيح مكروه . وكأن هذا الجواب لم يعجب صاحب الفتح فأجاب بجواب آخر ، فقال ما ملخصه ، ما وضعه الشارع سببا لحكم اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع ، فقد رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأثمه . أصله الطلاق ، وضعه لازالة العصمة ، ونهى عنه فى وضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا . ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن ، وأثم المطلق . فصار هذا أصلا فى كل سبب شرعى نهى عن مباشرته على الوجه الفلانى ، اذا بوشر معه يثبت حكمه و يعصى به . وأما قول الشافعى ان النهى نسخ للمشروعية ، ان كان مراده به أنه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور فهو مسلم ، لكن لا نسلم أنه لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهى ، كما فى طلاق الحائض ، اذ أوقعه الشارع مع نهيه عن الطلاق فى هذه الحالة . وان كان مراده أنه لا يفيد حكمه ، فهذا هو محل النزاع اهـ .

أقول ما قاله صاحب الفتح ان صلح ردا على الشافعى ، لأنه يقول بوقوع طلاق الحائض كما هو قول الجمهور ، لا يصلح ردا على من لا يقول بذلك كالشيعة الامامية وابن حزم وابن تيمية وغيرهم . وفى هذه المسألة كلام كثير جدا فليرجع اليه فى فتح البارى ونيل الأوطار وكتب الامامية .

والحاصل أن أبا حنيفة وأصحابه اخترعوا تقسيما للعقود والتصرفات المنهى عنها ، فقسموها الى فاسدة وباطلة ، وجعلوا حكم الفاسد بين بين كما أسلفنا ، لكن لم يفرقوا بين الفاسد والباطل فى الزواج بل هما سواء ، على ما قاله صاحب

الفتح ، أو مختلفان ، لكن لم يسهل ايجاد الحد الفاصل بينهما . فراجع النكاح الفاسد فى رد المحتار ، وانظر كتابنا الأحوال الشخصية . هذا وقد بالغ الامام أحمد فى ابطال كل التصرفات والعقود والأمور المشروعة التى نهى عنها الشارع فى حالة خاصة ، ووقف بازائه أبو حنيفة وأصحابه فلم يبطلوا الا ما كان النهى فيه لذات المنهى عنه ، فاما ان كان النهى لوصفه ، فقالوا بفساده ، مع حرمة مباشرته ، وما كان النهى فيه لمعنى مجاور قالوا بكراهته مع صحة أصله . وتوسط مالك والشافعى بين أحمد وأبى حنيفة . هذه هى خلاصة الموضوع واضحة سليمة نقية . ومن شاء فليرجع الى كتب علم الأصول فى مبحث النهى ، ففيه أصل الموضوع ومناقشاته .

مجموعات العقود من حيث وحدتها الذاتية

تنقسم العقود الى عدة مجموعات تنتظم كل مجموعة منها وحدة ذاتية تجعلها نوعا على حدة :

(١) مجموعة التمليكات ، وهى نوع من أنواع العقد ، وجنس ينتظم المعاوضات والتبرعات .

(ا) المعاوضات هى نوع من أنواع التمليكات وجنس ينتظم ما يأتى :

(١) مبادلة المال بالمال . (٢) ومبادلة المال بالمنفعة . (٣) ومبادلة المال بغير ما هو مال أو منفعة بالمعنى الذى اصطلح عليه الفقهاء . ويلتحق بهذا مبادلة منفعة بمنفعة ومبادلة منفعة بما ليس بمال ولا منفعة فى الاصطلاح . فهى تشمل البيع بجميع أنواعه من بيع مطلق ومقايضة وسلم وصرف . والاستصناع الذى هو مؤلف من البيع والاجارة . والصلح عن اقرار . وقسمة الأعيان أو المنافع (المهايأة) . والايجار والمؤاجرة . والزواج سواء أكان المهر فيه مالا أم منفعة . والخلع كذلك .

(تنبيه) جعل الفقهاء الزواج من عقود المعاوضات التى قوبل فيها المال بغير المال وبغير المنفعة ؛ وأقول ان حقيقة الأمر فيه أنه عقد ازدواج وانضمام

بين الرجال والنساء اذن به الشارع على وجه ما ، ثم جعل من أحكامه المهر وأوجبه على الرجل كما أوجب عليه الانفاق أيضا . فالمهر ليس ركنا من أركان عقد الزواج ولا شرطا من شروطه التى يتوقف عليها وجوده الشرعى ، ولا تقتضيه طبيعته ؛ ولكنه شىء من وضع الشارع فرضه على الرجل لفائدة المرأة . فلما رأى الفقهاء ذلك بنوا أحكامهم على افتراض أن الزواج من عقود المعاوضات وان المهر فى مقابلة المرأة ، مع أن لهم مندوحة عن ذلك ما كانت لتخفى عليهم ، لكن يظهر أنهم تأثروا بالحالة الاجتماعية فى وقتهم ، و بما مرت عليه المرأة من الأدوار فى تاريخها . و بعد فالاسلام قد رفع من شأن المرأة ما لم تكن تحلم به كما يظهر ذلك من تتبع أحكام الشريعة فى حق النساء ، ففرض لها المهر جبرا لخاطرها ، واعانة لها على الجهاز ونحوه . على أن حالة المرأة الاجتماعية الآن لم تتغير فى مجموعها فى البلاد الاسلامية تغيرا كبيرا عما كانت عليه فى الماضى ، وقد أعطاها الاسلام من الحقوق منذ عهد الرسالة النبوية الكريمة ما يحسدها عليها نساء العالم المتمدن حتى الآن . وانما تعرضت لهذا الكلام هنا بسبب ما يستبشعه بعض رجال القانون من جعل عقد الزواج كعقد البيع ، والمهر كالثمن ، والمرأة كالمتاع الذى يباع و يشترى . ولعل الذى دعا الفقهاء الى هذا هو تنزيل أحكام المهر على قواعد مضبوطة . وكان من الميسور أن يقال عقد الزواج شرعا هو عقد انضمام وازدواج بين الرجل والمرأة على الوجه الذى أذن به الشارع . وقد جعل الشارع من أحكامه المترتبة عليه المهر ، وللمهر أحكام هى كيت وكيت . مما تؤيده الأدلة الشرعية ، بدون أن نتخيل أن فى المسألة صورة بيع وشراء . وها هم أولاء أهل أوربا تعطى المرأة عندهم زوجها عطية لأجل الزواج وهى المسماة بالدوطة أو البائنة ، بدون أن يقال انها ثمن للرجل ، ولها أحكام مقررة عندهم . فلم لا نتبع مثل ذلك فى المهر الذى يعطيه الرجل زوجته ، فلا نوهم أنه ثمن للمرأة ، أو فى مقابلة بضعها ، بل نثبت له من الأحكام ما جاء به الشرع الحكيم ، وما ينطبق على القواعد الشرعية السليمة . وما يقال فى المهر يقال مثله فى بدل الخلع ، ومجال القول ذو سعة . فلنبعد عن تصوير العقود بما يأخذه غيرنا علينا و يتـ...

فى تشويه شريعتنا الجميلة السمحة .

(ب) التبرعات وهى نوع من أنواع التمليكات ، وجنس لما يأتى :

(١) تبرعات مقصودة ابتداء وانتهاء . (٢) تبرعات ضمن عقد معاوضة (٣) تبرعات ابتداء ، وقد ينتهى بها الأمر الى أن تكون معاوضات أو تبرعات . فهى تشمل ما يأتى : الهبة . والصدقة . والوصية . والاعارة . والقرض . والكفالة . والحوالة . والمحاباة فى عقود المعاوضات . ومنها أيضا : الوقف . والابراء . وان كانت من ناحية أخرى من الاسقاطات .

(٢) مجموعة الاسقاطات ، وهى نوع من أنواع العقد وجنس يشمل ما يأتى :

(ا) الاسقاطات التى فيها معنى التبرع وهى الوقف والابراء من الدين كما تقدم آنفا .

(ب) الاسقاطات المحضة ، وهى : الطلاق والاعتاق . وتسليم الشفعة . وما شابه ذلك من اسقاط الحق بدون مقابل .

(٣) مجموعة الاطلاقات . وهى تنتظم ما يأتى :

الوكالة . الاذن للصبى المميز بالتجارة ومثله المعتوه المميز والعبد . وتشمل أيضا كل أنواع الولاية من ولاية على النفس أو المال . ومنها تعيين القضاة وسائر عمال الدولة . ومنها اقامة الأمة خليفة عليها يكون وكيلا عنها ووصيا على مصالحها .

(٤) الشركات ، كشركة العنان . والمفاوضة والأعمال والوجوه والمضاربة والمزارعة والمساقاة .

(٥) عقود الاستيثاق ، وتشمل الكفالة والرهن .

(٦) عقود الاستحفاظ ، وتشمل الاستيداع والحراسة .

يد الأمانة ويد الضمان

اليد التى تحتها المال اما يد مالكة له وفى هذه الحالة يجوز لذى اليد أن يتصرف فى ماله التصرف المأذون له به شرعا ، واذا هلك المال فى يده لم يكن مضمونا على أحد غيره . وذلك كيد المشترى على

المبيع بعد أن يقبضه ، و يد الزوجة على المهر بعد قبضها اياه . واما أن تكون يد ضمان فقط كالمقبوض غصبا أو بشراء فاسد أو على سوم الشرا ، أو ببيع باطل على قول ، كالمبيع فى يد البائع قبل تسليمه للمشترى . والرهن فى يد المرتهن . وفى هذه الحالة اذا هلك المال بأى سبب كان مضمونا لمالكه على من هو تحت يده اما بمثله أو بقيمته فى غير الرهن ، وأما الرهن فانه يكون مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين ، وليس لذى اليد أن يتصرف فيه ، على تفصيل فى ذلك مبين فى مواضعه .

واما يد أمانة كما فى مال الوديعة والعارية والعين المستأجرة فى يد مستأجرها ومال الموكل فى يد الوكيل وغلة الوقف فى يد الناظر ومال اليتيم فى يد الوصى واللقطة فى يد ملتقطها على نية أن يردها الى مالكها . وفى هذه الحالة اذا هلك المال هلك غير مضمون على ذى اليد الا اذا كان سبب هلاكه تعدى ذى اليد عليه ، أو اهماله فى حفظه ، أو منعه عن مالكه بدون مسوغ شرعى . وأما تصرف ذى اليد فيه فانه يختلف باختلاف العقود ، ففى الوديعة واللقطة لا يجوز التصرف وفى غيرهما يجوز على حسب ما اشتراط فى العقد ، أو اقتضته ادارة المال المأذون بها شرعا كما فى الولاية والوصاية على أموال الصغار ومن فى حكمهم ، وكما فى النظارة على الأوقاف .

ما تتعين فيه النقود بالتعيين وما لا تتعين

يلاحظ أولا ، أن فى عقود المعاوضات كالبيع والاجارة ، ومثلهما الزواج بالنسبة للمهر ، لا تكون النقود مقصودة لذاتها ، وانما هى وسيلة للمعقود عليه ، اذ هو فى الحقيقة محل العقد فى تلك العقود ، ويشترط لتمكين طالبه منه أن يلتزم بدفع بدل لذى الشأن فيه حتى يصل الى غرضه . وثانيا ، أن يد الأمانة غير ضامنة ما يهلك من المال تحتها اذا كان هلاكه بدون تعد ولا اهمال فى الحفظ من ذى اليد . فالأمانات لا تتعلق بالذمة الا بالتعدى أو الاهمال فى الحفظ ، وعلى هذا أقول ان النقود لا تتعين بالتعيين فى عقود المعاوضات كالبيع ونحوه ، فلو قال زيد لبكر اشتريت منك هذه الفرس بهذه الجنيهات التى أمامك وعددها خمسون

جنيها ، فقبل بكر ذلك ، ثم أعطاه زيد غيرها ، أو استحقت لغير زيد ، أو هلكت قبل أن يتسلمها بكر بضياع ونحوه فلا يبطل البيع بينهما ، وذلك لأن الثمن فى الحقيقة متعلق بذمة المشترى ، والنقود المعينة بدل عنه ، فان شاء أعطاها البائع وان شاء أعطاه غيرها والمهر اذا كان نقدا حكمه حكم الثمن فى ذلك ، فاذا هلك الثمن فى يد البائع بعد أن قبضه من المشترى كان غير مضمون على المشترى ، بل يسلم له المبيع ، بما أداه الى البائع ، وقد برئت ذمته منه بدفعه اياه ، وتكون يد البائع هى الضامنة للثمن فيهلك عليه هو لا على المشترى ، الا اذا كان المشترى قد تعدى على الثمن بالاتلاف بعد أن سلمه الى البائع فانه يكون ضامنا له بسبب تعديه ، اذ التعدى على مال الغير سبب لأن يضمن المتعدى ما أتلفه بتعديه ، وكذا الحكم فى المهر .

واما اذا هلكت النقود الموهوبة فى يد الموهوب له بعد أن قبضها قبضا صحيحا فانها تهلك غير مضمونة عليه للواهب ، اذا أراد الرجوع فى هبته ، وذلك لأنها لم تتعلق بذمته ، بل هى فى حكم الأعيان الموهوبة بعد قبضها . وكذا الحكم فى جميع الأمانات ، كالوديعة تحت يد المودع عنده ، والعارية تحت يد المستعير ، ومال الموكل تحت يد الوكيل ، وهكذا ، فانها متعينة بالتعيين وليست متعلقة بالذمة فاذا هلكت هلكت هلاك الأمانة .

ولو قال أوصيت لفلان بهذه النقود ثم استهلكها الموصى فى حياته أو هلكت بأى سبب كان وهو حى ، فلا حق للموصى له بالمطالبة بها بعد موت الموصى ، وكذا لو هلكت بدون تعد بعد موت الموصى فانها تهلك هلاك الأمانة ، اذ لم تتعلق بذمة أحد بسبب تعينها بشخصها . اما لو قال أوصيت لفلان بمائة جنيه من تركتى فان للموصى له أن يطالب بها من تحت يده تركة الموصى سواء أ كان بها نقود أم لا ، وذلك لأنها غير متعينة بشخصها ، ولو احتاج الأمر الى بيع شىء من التركة لانفاذ الوصية تعين ذلك .

ولو أن رجلا قال لامرأة تزوجتك بهذه المائة فقالت قبلت ثم قبضتها ، ثم وهبتها له فأخذها منها ، ثم طلقها قبل الدخول والخلوة بها كان له أن يرجع عليها

بنصف ما قبضت ، وهو خمسون ، ولو كانت قد وهبت له كل ما قبضت . وعللوا ذلك بأن ما وهبته له هو شيء آخر غير المهر ، اذ المهر متعلق بذمته ، وهذا بدل عنه ، فكان الموهوب من مالها الخاص ، وهذا بخلاف ما لو كان المهر عينا من الأعيان المالية غير النقود (وانظر الأشباه وحواشيها وجامع الفصولين) . والحاصل أن النقود لا تتعين فى المعاوضات ، ولكنها تتعين فى الأمانات والتبرعات .

الأحكام الأربعة للعقود

الاقتصار ، والانقلاب ، والتعيين ، والاستناد

الاقتصار — هو ثبوت الحكم وقت وجود السبب فى الحال ، كانشاء الطلاق ، والعتاق ، والبيع ، بصيغة منجزة ، مثل أنت طالق ، وأنت حر ، أو بعتك كذا بكذا مع قبول المشترى ، وتزوجتك مع قولها قبلت الخ ، فالحكم يبتدىء من وقت وجود السبب مقتصرا عليه ، فلا يتقدمه ، ولا يتراخى عنه ، الا اذا وجد شرط الخيار فيما يجوز فيه ذلك من العقود كالبيع . واما اذا كان العقد مضافا الى المستقبل ، مثل أجرتك هذه الأرض من أول اكتوبر سنة ١٩٣٥ ، فان الحكم لا يوجد الا وقت مجىء الوقت المضاف اليه ، وان كان السبب قد وجد الآن ، كما قدمنا فى بيان العقد المضاف . لكن يشكل عليه ما قدمناه هناك ، فراجعه ، وفى تقرير الرافعى نقلا عن البدائع أن الحكم فى التعليق والاضافة واحد ، فالحكم لا يوجد فيهما الا بعد وجود الشرط والوقت ، والمحل قبل ذلك على حكم ملك المالك فى جميع الأحكام اه .

الانقلاب — هو صيرورة ما ليس بعلة علة ، كالتعليق ، فاذا قال لزوجته — أنت طالق ان كلمت فلانا — كان قوله ، أنت طالق ، علة لثبوت حكمه ، وهو الطلاق ، لكنه بالتعليق لا ينعقد علة ، الا عند وجود شرطه ، وهو كلامها مع فلان ، فان وجد الشرط انقلب ما ليس بعلة الى علة ، وان لم يوجد فلا طلاق الا بسبب آخر .

التبيين — هو أن يتبين ويظهر فى الحال تقدم الحكم ، كقوله ان كان زيد فى الدار فانت طالق ، ثم تبين بعد ذلك أن زيدا كان فى الدار وقت أن قال الزوج ذلك ، فانها تطلق من حين القول ، وتبتدىء عدتها من وقته . أقول ان الحكم فى ذلك يطرد فى كل سبب معلق على ما هو محقق الوجود وقت التعليق ، ولكن لم يعلم وجود المعلق عليه الا فيما بعد ، وعليه يكون العقد فى الحقيقة منجزا ، وان كان فى الصورة معلقا .

الاستناد — أو الأثر الرجعى : هو ثبوت الحكم فى الحال مستندا الى ما قبله ، كما لو غصب انسان ساعتك ثم ضمنته قيمتها بعد الغصب ، ملكها بسبب الضمان ملكا مستندا الى وقت الغصب — الذى هو علة الضمان — وعلى ذلك تصح كل تصرفاته فيها بعد الغصب وقبل الضمان . وكذلك تصرفات الفضولى اذا أجيزت فان الحكم يثبت فيها من وقت وجود السبب ، ولو كانت الاجازة بعده بزمن ، متى كانت الاجازة مستوفية لشرائطها ، وعليه تكون زوائد المبيع الحادثة بعد عقد الفضولى وقبل اجازة المشترى ملكا للمشترى . وكذا خيار الشرط يستند فيه الحكم الى وقت السبب ، اذا أجاز العقد من له الخيار ولو بعد مدة طويلة ، متى استوفى الخيار والاجازة شروطهما . وكذا تصرفات المريض مرض الموت التى تتوقف على اجازة الورثة بعد موته تنعقد نافذة فى الحال ، لكن حق الورثة فيها يكون له أثر رجعى الى ما قبل الموت ابتداء من وجود التصرف الحاصل فى المرض ، وكذلك الحكم بالنسبة لدائنى التركة بالأولى ، لأن حقهم أقوى من حق الورثة .

(تتمة) شرط الاستناد قيام المحل حال ثبوت الحكم الى الوقت الذى استند اليه ، كما فى المبيع بخيار الشرط ، وليس ذلك شرطا فى التبيين ، حتى لو قال ان كان زيد فى الدار فانت طالق ، ثم حاضت ثلاث حيضات (مثلا) ، ثم طلقها ثلاثا ، ثم ظهر أن زيدا كان فى الدار فى ذلك الوقت ، لا يقع الثلاث لأنه تبين وقوع الأول ، وان ايقاع الثلاث كان بعد انقضاء العدة فلم

يصادف محلا .

وقد وضع بعض الفقهاء ضابطا للعقد المستند ، والعقد المقتصر ، فقال — ان ما صح تعليقه بالشرط يقع مقتصرا ، وما لا يصح تعليقه بالشرط يقع مستندا . ومن أمثلة هذا أن الطلاق المنجز من الأجنبي موقوف على اجازة الزوج ، فاذا أجازه وقع مقتصرا على وقت الاجازة ، ولا يستند ، وهذا بخلاف البيع الموقوف فانه بالاجازة يستند الى وقت البيع ، كما تقدم .

وقال بعض الفضلاء سئلت عن معتقل اللسان اذا طلق بالاشارة ، أو اعتق أو باع أو اشترى ، ودامت عقلته الى الموت ، هل يقع ذلك مستندا ، أو مقتصرا ؟ فاجبت بأن ظاهر كلامهم فى هذا الموضوع أنه اذا أقر بالاشارة ، أو طلق بها ، أو باع ، أو اشترى ، يجعل ذلك موقوفا ، فان مات على عقلته جاز ذلك كله مستندا ، والا فلا اهـ . واعترض عليه بأن الضابط المتقدم يقتضى وقوع الطلاق ونحوه مما يصح تعليقه مقتصرا ، وما لا يصح تعليقه ، مستندا . والمسألة لا نص فيها ، وهذا كله استظهار واستنتاج (أنظر الحموى على الأشباه).

القصود فى العقود

و بيان ما يعترض عليها من العيوب

تحت هذا الموضوع فصلان : (الأول) فيما يتعلق بقصد اللفظ والمعنى و (الثانى) فيما يتعلق بعيوب الرضا .

الفصل الأول — اللفظ بالنسبة الى هذا الموضوع ينقسم الى قسمين : (الأول) لفظ غير مقصود لقائله أصلا كلفظ النائم أو يكون مقصودا له قصدا غير معتبر شرعا اما لعدم أهلية المتكلم كالمجنون واما لكونه فى حالة يعتبر كلامه فيها فى حكم العدم كالمدهوش . (الثانى) لفظ مقصود لقائله وهو مريد له سواء أكان يريد معناه أيضا أم يريد معنى آخر أم لا يريد معنى أصلا . وهاك جملة القول فى كل من هذين القسمين :

(القسم الأول) ينتظم النائم والمجنون والمعتوه غير المميز والصبى غير المميز ، وهؤلاء بالاجماع لا يترتب على كلامهم أى حكم شرعى سواء أكان التزاما أم غير التزام ، فيه نفع لقائله أم لا . وكذا المدهوش لسبب فاجأه فأوجب دهشته ، والمغلوب على عقله لسبب ما ، فما يهذى به أحد هذين كلام لغو لا يترتب عليه شيء لعدم القصد . والمخطىء الذى يتكلم باللفظ وهو لا يريده ، ان لم يقم دليل أو قرينة على أنه مخطىء ، فهو مؤاخذ بما تكلم به ظاهرا — فى القضاء — وأما فيما بينه و بين الله تعالى فهو لا يؤاخذ الا بنيته فقط . ولا شك أن القضاء انما يبنى على الظاهر ، اذ لا سبيل للقاضى لأن يحكم على بواطن الناس . أما ان قام دليل أو قرينة على أنه مخطىء فمذهب مالك والشافعى والمحققين من الفقهاء أنه لا يؤاخذ بخطئه لا ظاهرا ولا باطنا فلا يقضى عليه به ، ومذهب أبى حنيفة أنه يقضى عليه بناء على أنه مختار للفظ ظاهرا ، فاذا قال رجل لامرأته « أنت طالقة » ، ثم قال أخطأت لأنى أردت أن أقول « أنت واقفة » فسبقنى لسانى فقلت « أنت طالقة » ، فان الطلاق يقع عليه (قضاء) عند أبى حنيفة مؤاخذة له بظاهر لفظه ، خلافا للامامين مالك والشافعى . قال فى الدر ورد المحتار (حنفى) ما نصه : لو أراد أن يقول « سبحان الله » فجرى على لسانه « أنت طالقة » فانها تطلق لأنه صريح لا يحتاج الى النية ، ويقع قضاء . قال وسئل أسد بن عمرو عمن أراد أن يقول « زينب طالق » فجرى على لسانه « عمرة طالق » على أيهما يقع الطلاق ؟ فقال : فى القضاء تطلق التى سمى ، وفيما بينه و بين الله لا تطلق واحدة منهما ، أما التى سمى فهو لم يردها ، وأما غيرها فلو طلقت ، طلقت بمجرد النية اهـ . ومن المعلوم أن مجرد النية لا يترتب عليه أى التزام . وفى المنهاج وشرحه للجلال المحلى (شافعى) ما نصه . لو سبق لسانه بطلاق بلا قصد لغا ، ولا يصدق ظاهرا الا بقرينة ، كأن دعاها بعد طهرها الى فراشه ، وأراد أن يقول لها « أنت الآن طاهرة » ، فسبق لسانه وقال « أنت الآن طالقة » ، فانها لا تطلق ، وأما باطنا فلا تطلق بدون نية الطلاق ، و يحرم على من ظن صدقه أن يشهد عليه أيضا أمام القضاء (وانظر الحاشية) . وفى منح الجليل

(مالكى) ما ملخصه لا يلزم الزوج الطلاق ان سبق به لسانه ، بلا قصد للتلفظ به ، بأن قصد التلفظ بغيره فتلفظ به وقال « أنت طالق » فلا يلزمه شيء ، ويقبل قوله فى الفتوى ، وأما فى القضاء فلا ، الا ببينة أو قرينة اه . أقول لا شك أن هذا المذهب الثانى هو الصواب ، وذلك لأن النطق بلفظ الالتزام ممن هو أهل له موجب شرعا لترتب أثره عليه ظاهرا ، لكن ان قام دليل أو قرينة على أن المتكلم قد سبق لسانه بهذا اللفظ ، وهو لا يريده فان اللفظ يلغو لعدم القصد وارادة المعنى ، والا ألزمناه بغير ما التزم مع قيام الدليل على دعواه الخطأ ، أما اذا لم يقم دليل ولا قرينة على الخطأ فلا مناص من اعتبار ظاهر اللفظ وترتيب حكمه عليه ، والا كانت كل الالتزامات مزعزعة ، اذ يكفى لنقضها أن يقول الملتزم قد سبق لسانى بكذا ، وفتح هذا الباب خطر جدا على المعاملات ، ومعه لا يمكن القضاء بأى التزام . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى الزام الانسان بما لم يلتزمه فى الواقع ظلم بين ، واذا لم يمكن الوصول الى بواطن الناس فى كل الحوادث الجزئية كان لا جرم أن يوكل أمر البواطن الى علام الغيوب ، وأن تبنى الأحكام على الظواهر ، على ضوء الأدلة والقرائن ، لا على الدعاوى المجردة ، وأحسب أن هذا هو كل ما يستطيعه الشارعون لتقرير العدل بين الناس بما هو فى مستطاع القدرة البشرية (وانظر عارض الخطأ فى مقالتنا الأهلية وعوارضها) .

وأما السكران والمكره ففى التزامات كل منهما خلاف بين العلماء سنذكره فى عيوب الرضا . والغضبان الذى وصل به الغضب الى درجة لا يستطيع معها ضبط لسانه لاعبرة بطلاقه ، كما اختاره ابن القيم ، وله فى ذلك بحث قيم خلافا لجمهور الفقهاء اعتمادا على قيام أهليته ، لكن الذى ينبغى المصير اليه هو مراعاة تلك الحالة مراعاة دقيقة جدا من حيث المؤاخذات والالتزامات .

(القسم الثانى) ينتظم من ما يأتى :

(ا) من ينطق باللفظ وهو لا يفهم له معنى ، وجملة القول فى هذا ، أنه فى الالتزامات التى تتوقف على الرضا كالبيع والاجارة ونحوهما لا يصح التزامه ، لأن الرضا شرط لصحته ، وهو مع جهل المعنى لا يتبين رضاه من عدمه ، ولنا توقفت

صحة التزاماته على فهم المعنى أولا ، وهذا بالاجماع . وأما الالتزامات التى تصح مع الهزل كالزواج والطلاق ، فالأكثرون والمحققون على أنها لا تصح مع عدم فهم المعنى أيضا ، وأبو حنيفة وأصحابه على أنها تصح ، قالوا ان الهازل بالزواج والطلاق لا يريد زواجا ولا طلاقا ، وكل ما فى الأمر أنه نطق بلفظ الزواج أو الطلاق لاعبا ، ومع ذلك ألزمناه بما اقتضاه لفظه مع عدم ارادته اياه ، فليكن ذلك الذى نطق باللفظ وهو لا يفهم معناه كذلك ، اذ كلاهما لا يريد المعنى ، فهما فى ذلك سواء . ويجاب من الجمهور عن ذلك بأن الهازل يفهم معنى اللفظ الذى باشر باختياره النطق به ، وهو متعنت فى قوله انه لا يريد معناه ، بل هو يلعب ولا يجد ، وذلك اللفظ سبب شرعا لترتب مسببه عليه بصنيع الشارع وحده ، فالانسان يباشر السبب ، والشارع يرتب عليه مسببه ، متى كان الملتزم الناطق بالسبب يفهم معناه و يقصد التلفظ به ، وهذا بخلاف ذلك الذى ينطق باللفظ وهو لا يدرى ما معناه ، بل هو منه أشبه شىء بأصوات العجماوات ، فكان من رحمة الشارع به وعدله ألا يرتب حكما شرعيا على لفظ مهمل كهذا صدر عن حسن نية وغفلة كلية عن المعنى ، على عكس ذلك المتعنت المعاند المكابر الذى يلعب فى مواطن الجد ، و يهزل فى الالتزامات المحترمة التى ترتبط بأعظم شىء ، وهو رابطة الزوجية وحلها ، لذلك اعتبر الشارع هزله جدا حتى لا يعود يهزل مع بارئه سبحانه وتعالى ، وحتى يكون فى ذلك ردع وزجر لغيره ، وحتى يصان الحمى المحترم من اللعب والعبث به .

قال فى رد المحتار وغيره ، اذا تلفظ بالطلاق غير عالم بمعناه فانه يقع عليه قضاء ، كما لو قالت لزوجها ، اقرأ على « اعتدى ، أنت طالق ثلاثا » ففعل ، طلقت عليه ثلاثا فى القضاء لا فيما بينه و بين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم يقصد . وفى فتح القدير ، لقنت المرأة « زوجت نفسى » بالعربية ولا تعلم معناها ، والشهود يعلمون أو لا يعلمون ، صح ، كالطلاق ، وقيل لا ، كالبيع ، كذا فى الخلاصة اه . وعلى عكس ذلك ما جاء فى منح الجليل ، لو لقن الأعجمى لفظ الطلاق بالعربى ، أو العربى لفظ الطلاق بالأعجمى ، وكلاهما لا يعرف معنى اللفظ الذى لقن النطق

به ، فنطق بلا فهم لمعناه ، فلا يلزمه طلاق ، والقاعدة أنه لا أثر للفظ يجهل قائله معناه اه . ولا يخفى أن هذا هو قول الحق الموافق للشرع الصحيح .

(ب) من ينطق باللفظ فاهما معناه لكنه لا يريد معناه ولا أى معنى آخر ، فهذا هو الهازل ، فالهزل هو أن ينطق الانسان باللفظ راضيا مختارا لكنه لا يريد معناه الحقيقى ولا المجازى ، ولا أى معنى كان ، بل كل غرضه هو أن ينطق باللفظ أمام الناس فقط . و بهذا يتبين الفرق بين الهازل ، والمخطىء الذى يسبق لسانه الى النطق باللفظ وهو لا يريده والمكره الذى ينطق باللفظ تحت تأثير الاكراه ، وكذا الذى ينطق باللفظ غير فاهم معناه أصلا . وتصرفات الهازل الانشائية تنقسم الى قسمين :

(الأول) أن يكون الهزل فيما يشترط الرضا لصحته وهو كل العقود ما عدا ما استثنى (الزواج والطلاق والعتق) ، وفى هذه الحالة ان قام دليل على الهزل كان عقده فاسدا لخلوه من الرضا بحكمه . مثال ذلك أن يتفق شخصان على أن يظهرا عقد بيع (مثلا) أمام الناس ، لا حقيقة له فى الواقع ، وانما يظهرانه لغرض ما فى نفوسهما ويكتبان بذلك ورقة خصوصية يقران فيها بحقيقة الأمر ، أو يشهدان غيرهما على ذلك ، ثم يظهران العقد أمام الناس على غير ما أضمرا . فهذا البيع الصورى بيع فاسد لخلوه من الرضا ، غير أنهما اذا اتفقا بعد ذلك على تصحيحه والتزما به فلا مانع من ذلك ، لزوال المانع وهو عدم الرضا .

(مثال آخر) اتفق الزوج مع زوجته أو مع وليها الشرعى على أن يكون المهر مائة جنيه (مثلا) ، لكن يذكر فى العقد أنه ثلاثمائة لأجل السمعة بين الناس ، وأشهدا على ذلك أو كتبا بذلك ورقة تضمنت اقرارهما ورضاهما بالمهر الأول ، فالمعتبر هو مهر السر ، ما لم يعدلا عنه .

(الثانى) أن يكون الهزل فى الزواج أو الطلاق أو العتق ومذهب الجمهور فى هذه المسألة هو صحة كل من الزواج والطلاق والعتق مع الهزل محتجين بحديث « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، النكاح والطلاق والعتاق » لكن فى سند هذا الحديث كلام . وفى مذهب مالك قول أرى وجوب

الأخذ به ، وهو أنه اذا قام دليل أو قرينة على الهزل كان العقد غير صحيح ، والا حكم بصحته بناء على الظاهر ، وهذا القول وجيه ويجب الأخذ به ، لأن الحديث ضعيف السند ، ولأن أمر الزواج والطلاق ليس بالهين فكيف يصحان مع عدم الرضا ؟ وبالجملة فالأحوال ثلاثة : (حالة) يظهر فيها الرضا ولا يدعى الهزل ، والحكم فيها واضح . (وحالة) يدعى فيها الهزل ويقوم الدليل أو القرينة عليه ، وهذه يجب فيها إبطال العقد نزولا على حكمة الشارع ورعاية لمصالح الناس . (وحالة) يدعى فيها الهزل وعدم الرضا لكن لا دليل ولا قرينة على ذلك ، وفى هذه الحالة يجب تصحيح العقد بحسب الظاهر إذ لا صارف يصرف اللفظ عن حمله على حقيقته ، ومجرد الدعوى لا يكفي ، وإلا اضطربت المعاملات ، واختل نظامها .

(ج) من ينطق باللفظ فاهما معناه ويريد حمله علي نفس معناه . وهذا التزام صحيح بالاجماع ، وكلامه معتبر كالذى يقول بعت وهو يريد البيع ، أو تزوجت وهو يريد الزواج الشرعى ، أو طلقت وهو يريد الطلاق ، وهكذا .

(د) من ينطق باللفظ وهو يريد معنى مستترا تحته غير المقصود منه شرعا ، ويكون ما أراده محرما فى الشرع ، لكنه يحتال على الوصول اليه بذلك العقد الظاهر .

(مثال ذلك) أن يطلق رجل امرأته ثلاثا ، ثم تتوق اليها نفسه فيتفق مع رجل آخر يكون عادة من الوضعاء الساقطى الأخلاق على أن يعقد على تلك المرأة ويبيت معها ليلة واحدة ثم يطلقها حتى تحل بذلك لزوجها الأول . وحينما يعقد ذلك الرجل عليها لا يذكر وقت العقد شيء من ذلك بل يكون العقد بحسب شكله وظاهره صحيحا . فهذا العقد باطل واختلاط الرجل بتلك المرأة زنا محض ، عند المحققين من علماء الشريعة الذين نظروا الى بواطن الأمور وحكمة التشريع ، ولم يقفوا عند حد الأشكال والظواهر ، لكن مع الأسف مذهب الكثيرين من الفقهاء هو صحة العقد بناء على خلوه من الشروط المفسدة ، صارفين النظر عن ذلك الاشتراط السابق ، وعن حقيقة الأمر التى يعلمها الله

والعاقدان والشهود . وهذه وصمة لا ينبغي ولا يليق أن تدنس بها الشريعة المطهرة ، بناء على شكليات وصور ، الحقيقة ظاهرة معها كل الظهور لكل من له عينان تبصران وقلب يفقه به .

(مثال آخر) رجل أراد أن يقترض من آخر مائة جنيه (مثلا) على أن يردها اليه بعد مدة معينة مائة وعشرين (مثلا) ، لكن الرجلين كليهما يتورعان عن صورة الربا فقط فيتفقان على أن يبيع الأول للثانى شيئا ما بمبلغ مائة وعشرين جنيها مؤجلة الى مدة كذا ، و بعد أن تتم الصفقة يشترى الأول من الثانى ذلك الشىء بعينه بمبلغ مائة جنيه حالة و يعطيه اياها ، و يسمون هذا بيع العينة . والمحققون من الفقهاء قالوا ببطلانه ، لأنه ربا مستتر تحت عقد بيع صورى ، و بعضهم يقول بجوازه مع كراهته ، وكثيرون يقولون بجوازه مع عدم الكراهة بناء على صورة العقد .

أما اذا كان مراد العاقدين أو أحدهما معنى لا يحرمه الشرع فان العقد يصح ولا بأس به . مثال ذلك يريد زيد أن يهب ابكر مائة جنيه ، لكن بكر أبى النفس ، فيقرضها زيد اياه الى أجل مسمى ثم يبرئه منها بعد ذلك . ومن ذلك أيضا ما اذا قام خالد لمحمود بخدمة ، فأراد محمود أن يكافأه عليها بأجر ، فأبى خالد ، فاهدى الى محمود هدية — هى فى الحقيقة وفى قصده أجرة خدمته ، فهذه فى الظاهر هدية وفى الباطن أجرة ، وهكذا . والحاصل أن من الفقهاء من نظر الى القصد الحقيقى من العقد ، ولم يقف عند صورته الظاهرة فرتب حكمه على الحقيقة ، لا على الظاهر ، فكلما كان المعنى الخفى محرما شرعا ، حكم ببطلان العقد ، والا فلا ، ومنهم من وقف عند ظاهر العقد ، ورتب حكمه على هذا الظاهر [1] .

الفصل الثانى — فى عيوب الرضا : قدمنا فى الفصل الأول أن الرضا شرط فى كل العقود الا ما استثنى بنص الحديث ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء ، وأن رأينا أنه شرط فى كل العقود ، غاية الأمر أنه يؤخذ بالظاهر ما لم توجد قرينة أو دليل يصرف اللفظ عن ظاهره ، وان هذا هو كل ما فى الامكان ، بالنسبة

(١) وما أحسن ما قضت به محكمة النقض الأهلية فى ١٤ يونيه من هذه السنة .

الى علم وقدرة الانسان .

وسنتكلم هنا فى عيوب الرضا التى تخول لمن لحقه الغبن والضرر من المتعاقدين أن يفسخ العقد اذا شاء وهو الغبن مع التغرير ، والتدليس أى اخفاء العيب ، والاكراه ، والسكر ، والغلط .

(الغبن والتغرير) الغبن هى النقص وقد يكون قليلا و يسمى بالغبن اليسير ، أو كثيرا و يسمى بالغبن الفاحش ، والحد الفاصل بينهما أن ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو اليسير ، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو الفاحش . فلو بيعت دار بألف جنيه (مثلا) ، وقومها بعض أهل الخبرة بألف ومائة و بعضهم بتسعمائة و بعضهم بألف و بعضهم بألف وخمسين ، كان الغبن فيها يسيرا . أما اذا قوموها جميعا بأقل من ألف كان الغبن فاحشا بالنسبة للمشترى ، وان كان تقويمهم جميعا بأكثر من ألف كان الغبن فاحشا بالنسبة للبائع . وقيل ان الغبن الفاحش فى العقار ما زاد على ٢٠ ٪ وفى الحيوان ما زاد على ١٠ ٪ وفى عروض التجارة ما زاد على ٥ ٪ وفيما له أثمان محددة بالأسواق ما خالف تلك الأثمان بزيادة أو نقص مطلقا .

والغبن بنوعيه لا يغتفر بالنسبة لدائنى التركة اذا باع المدين وهو مريض مرض الموت ، وكانت أمواله مستغرقة بالديون ، فللدائنين بعد موته أن يلزموا المشترى باتمام الثمن الى مقدار قيمة المبيع ، والا فسخوا البيع . وكذلك الغبن الفاحش لا يغتفر فى مال اليتيم ولا فى مال الوقف ولا فى مال بيت المال . وأما بالنسبة لغير هؤلاء ففى المسألة ثلاثة آراء : (الأول) ان الغبن الفاحش مطلقا يجعل للمغبون حق الفسخ لأنه مظلوم . (الثانى) ألا يكون له حق الفسخ مطلقا لأنه مقصر . (الثالث) وهو المفتى به أن الغبن اذا صاحبه تغرير أى خداع وتدليس من العاقد الآخر أو من الدلال فللمغبون حق الفسخ ، والا فلا . ومن ذلك ما يسمى فى اصطلاح الشريعة ببيع النجش ، وصورته أن يتقدم شخص ليزيد فى ثمن العين المعروضة للبيع لأجل التغرير بشخص ما ليقدم على شرائها ، فان اشتراها ولم يكن فى الشراء غبن به فلا حق له فى الفسخ ، و يعتبر هذا من باب تحسين السلع

المعروضة للبيع بدون قصد سيء ، وان كان فيها غبن فاحش وكان المغرى هو البائع أو الدلال فللمشترى حق الفسخ ، اتفاقا ، أما ان كان المغرى أجنبيا فقيل لا حق للمشترى فى الفسخ لأن الأجنبى لا شأن له فى الصفقة ، وقيل له حق الفسخ لاحتمال أن الأجنبى موعز اليه بذلك فى مقابلة جعل يأخذه ، أو شيء آخر .

ـ (التدليس أى اخفاء العيب) ومن أمثلة ذلك بيع المصراة وهى شاة يمتنع مالكها من حلبها مدة من الزمن حتى يتجمع اللبن فى ضرعها ، ثم يعرضها للبيع موهما المشترى أنها حافلة باللبن ، فيتبين الأمر بعد أن يأخذها المشترى ، وحينئذ يكون للمشترى حق الفسخ واسترداد الثمن الذى دفعه . وجميع العيوب فى البيع تسوغ للمشترى حق الفسخ اذا لم يكن عالما بالعيب وقت العقد وراضيا به .

ـ (الاكراه) هو فعل يوجد من شخص فيحدث فى شخص آخر معنى يصير به مدفوعا الى ما طلب منه . وهو قسمان ملجيء وغير ملجيء ، فالملجيء يكون بما يعدم الرضا ويفسد الاختيار أى يجعل الفاعل غير راض ولا مستحسن لما يفعله ، ويجعل اختياره غير مستقل بل يكون طوع اختيار المكره ، وذلك يكون كالاكراه بالقتل أو بإتلاف عضو من الأعضاء أو بضرب مبرح يخشى منه على نفسه أو على عضو من أعضائه التلف . وغير الملجيء يكون بما يعدم الرضا فقط ولا يفسد الاختيار ، بأن يتمكن معه الفاعل من الصبر على ما هدد به عادة بالنسبة لحالته هو ، وذلك كالحبس أكثر من يوم أو الضرب الذى يطيقه ولا يتلف شيئا من بدنه ، وكالاكراه بحبس الوالدين والأولاد ونحو ذلك مما يحدث غما فى النفس وتفويتا للرضا . ومما ينبغى ملاحظته أن الناس ليسوا سواء فى احتمال الأذى ، بل الشخص الواحد يختلف تأثره باختلاف أحواله من صحة ومرض وغير ذلك . ولا يكون الاكراه معتبرا الا اذا كان المكره قادرا على ايقاع ما هدد به ، وأن يوجد فى نفس المكره خوف من ذلك ، وأن يكون ممتنعا عن فعل ما أكره عليه لولا الاكراه ، بحيث لو ترك ونفسه لم يفعله . والاكراه بنوعيه يجعل للمكره الحق فى فسخ العقود التى تتوقف على الرضا ،

بالاجماع كالبيع ، والاجارة والقسمة ونحو ذلك . وأما العقود التى لا تتوقف على الرضا فلا يؤثر فيها الاكراه عند أبى حنيفة وأصحابه قياسا على الهزل ، وأما عند غيره فانه يؤثر فيها و يبطلها كطلاق المكره . وعلى هذا جاء المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(السكر) هو غيبة العقل أو مغلوبيته من تناول خمر أو ما يشابه الخمر ، وقد يكون شديدا لا يعى صاحبه معه شيئا بالكلية ، وفى هذه الحالة يكون السكران فى حكم المجنون . وقد يكون بسيطا يعي معه صاحبه ما يقول و يفعل ، وفى هذه الحالة يكون السكران فى حكم الصاحى . وقد يكون وسطا بين ذلك وهو ما يهذى فيه صاحبه ، ولكنه لا يعى بعد الافاقةما قاله وفعله حال سكره ، وهذا النوع الأخير من السكر هو الذى اختلف فى حكمه الفقهاء . ففريق منهم نظر الى السكر فى ذاته فرأى أنه ينافى استقامة القصد ، وصحة الارادة ، فحكم بابطال تصرفات السكران كلها ، ولم يترتب آثارها عليها لفقدان الرضا والقصد . وعلى هذا جاء المرسوم بقانون المذكور آنفا فحكم بعدم وقوع طلاق السكران . وفريق منهم وهم الأكثرون عددا نظروا الى الطريق المؤدى الى السكر ، فقالوا ان كان ناشئا عن فعل مباح كسكر المكره باكراه ملجىء وسكر المضطر وسكر من شرب دواء فسكر به ، فعذروا هذا وحكموا بالغاء تصرفاته من طلاق وعتاق وغيرهما ، وان كان السكر ناشئا عن فعل محرم كشرب الخمر طائعا مختارا لأجل اللهو ، فلم يعذروه بل حكموا بنفاذ تصرفاته عليه من طلاق ونحوه عقابا له . لكن المذهب الأول هو الأعدل ، لأن السكران ذو ارادة مختلة بأى سبب وعلى أى شكل سكر ، ولأن العقاب قد يتناول غيره كزوجته وأولاده . ولذلك اختير الرأى الأول فى تعديل لائحة المحاكم الشرعية .

– (الغلط) هو عدم معرفة وجه الصواب . ثم ان كان الغلط فى محل العقد أى فى جوهر وذات المعقود عليه فالعقد باطل لفوات المحل ، كأن يقول زيد لبكر بعتك هذا الخاتم من الماس بكذا فاذا به من الزجاج . أما ان كان الغلط فى الوصف فقط كان للمشترى حق الفسخ بسبب فوات الوصف المرغوب فيه ،

كأن يقول خالد لعمرو بعتك هذا الفص على أنه ياقوت أحمر (وكان ذلك ليلا)، حتى اذا طلع الصباح اذا به ياقوت أصفر، فلعمرو فى هذه الحالة حق الفسخ لفوات الوصف المرغوب فيه.

أهلية العاقد (١)

أهلية الانسان للشىء هى صلاحيته لصدور ذلك الشىء عنه وطلبه منه. وهذا هو معناها اللغوى. والمراد هنا أهلية الانسان لالتزام أمر أو الزامه غيره بواسطة التعاقد أو العقد المفرد فى الالتزامات التى يستقل بها شخص واحد كالوقف والعتق. والأهلية العامة لجميع العقود هى التمييز، ويختص بعضها بزيادات أخرى كالبلوغ وعدم الحجر.

وللانسان بالنسبة للأهلية أربعة أدوار: (الأول وهو جنين)، وهو فى هذا الدور لا يستطيع التعاقد، ولا ولاية عليه لأحد، غير أنه يرث، ويوصى له، ويستحق فى الوقف، على ما هو مبين فى مواضعه. (الثانى) يبتدىء بولادته الى أن يصل الى سن التميز، وقد قدرت هذه السن بسبع سنين. وهو فى هذا الدور لا يستطيع مباشرة أى عقد بنفسه، وجميع أقواله مهدرة لا يترتب عليها أى التزام ولا الزام، لكن يكون عليه الولاية لغيره، من ولى أو وصى، وكل من الولى والوصى ينوب عنه شرعا فى التعاقد مع غيره، على ما هو مبين فى مواضعه. (الثالث) دور التميز الى البلوغ، وعقوده فى هذا الدور تنقسم الى ثلاثة أقسام، قسم يكون نفعا محضا له كقبول الهبة، والوقف عليه، وفى هذا النوع تصح تصرفاته ويكتفى بأهليته الناقصة لما فى ذلك من الخير له مع عدم الضرر عليه، فيكفى لتصحيح عبارته كونه مميزا فقط. وقسم يكون ضررا محضا، كهبة ماله لغيره، ووقفه ماله، وتصرفاته فى هذا النوع باطلة من أصلها. لا تصح بأى حال من الأحوال لما فيها من الضرر المالى، فلا يكتفى فى تحمل هذا الضرر بالأهلية

---

(١) أنظر مقالتنا الأهلية وعوارضها فى السنة الأولى من هذه المجلة ففيها بحث الأهلية واف جدا،

الناقصة ، بل لا بد له من الأهلية الكاملة ، وذلك يكون بالعقل والبلوغ مع عدم الحجر ، وهذا هو الشرط الأساسى لجميع التبرعات والاسقاطات . وقسم يدور بين النفع والضرر بحسب نوعه لا بحسب شخصياته الجزئية كالبيع والاجارة والمزارعة والمساقاة وسائر التصرفات التى يراد بها التجارة واكتساب المال ، فالبيع من حيث هو بيع دائر بين نفع البائع وضرره ، من حيث المكسب والخسارة ، وأما جزئياته ففى بعضها مكسب للبائع وفى بعضها خسارة له ، وكذا الحال فى الشراء ، وهكذا الشأن فى غير البيع . وفى هذا القسم تنعقد عقوده صحيحة موقوفة على اجازة وليه أو وصيه ، أو اجازته بعد بلوغه ، ويشترط لصحة الاجازة ألا يكون فى البيع ونحوه غبن فاحش بالنسبة لمال الصغير والا كان البيع ونحوه باطلا والاجازة باطلة . واذا امتنع الولى أو الوصى من اجازة البيع ونحوه بدون وجه شرعى فالقاضى يقوم مقامه حال تعنته فيجيز البيع ونحوه لما فى ذلك من الفائدة البينة للصغير . وفى هذا الدور الثالث قد يقوم الولى أو الوصى مقام الصغير فى كل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيباشر كلا منها بنفسه نيابة عن الصغير ويشترط ألا يكون فى تعاقده غبن فاحش على الصغير ، والا كان تعاقدا باطلا . ويجوز لولى المال أن يأذن للصغير المميز بالتجارة تدريبا له ، وهل يلتحق الصغير بعد الاذن بالكبير فتصح تجارته ولو بالغبن الفاحش عليه ، أو لا ؟ خلاف بين الامام وصاحبيه ، فقال أبو حنيفة بالأول ، وقال صاحباه بالثانى . احتج أبو حنيفة بأن الصبى لما صار مأذونا له بالتجارة التحق بالبالغ حكما ، وما كان يتراءى من قصور أهليته انجبر باذن الولى له . واحتجا بأن أهليته لا تزال قاصرة حقيقة ، والاذن له بالتجارة لم يغير من حقيقته شيئا ، فهو وغير المأذون له فى ذلك سواء ، وعلى ذلك تبطل تصرفاته التى فيها غبن فاحش عليه ، ويجب الأخذ بقول الصاحبين لما فيه من الاحتياط للصغير .

(الدور الرابع) يكون بعد البلوغ . وفى هذا الدور تكون الأهلية كاملة فترتفع الولاية عن الانسان ويتولى هو شؤون نفسه بنفسه . وتصح جميع التزاماته . الا أنه قد يعتريه ما يؤثر فى أهليته من جنون أو عته أو يكون قد اتصف بشىء من ذلك قبل بلوغه ، أو يعرض له سبب يقتضى الحجر عليه وان لم يؤثر فى أهليته ،

كالسفه ، أو يقوم به وصف يغير بعض أحكام تصرفاته كمرض الموت والاكراه ، وهذه الأشياء تسمى عوارض الأهلية لأنها اما مؤثرة فيها أو مغيرة لبعض أحكام التصرفات .

(المجنون والمعتوه) الجنون هو اختلال العقل ، وقد يصحبه عادة اضطراب وهيجان ، والعته هو ضعف العقل ويصحبه الهدوء ، وقيل ان العته نوع من الجنون وان حقيقتهما واحدة ، وهي ترجع الى اختلال العقل أو نقصه أو فقده . وينقسم الجنون الى قسمين (مطبق) وهو ما استوعب جميع الأوقات فلا يفيق منه المجنون أبدا ، وفي هذه الحالة تكون جميع تصرفات المجنون القولية باطلة ، كالصبي غير المميز ، (ومتقطع) وهو ما لا يستوعب كل الأوقات كما يحصل لبعض الناس ، وفي هذه الحالة تكون التصرفات التي حصلت في حالة الجنون باطلة أيضا . وأما التصرفات التي تحصل في حالة الافاقة ، فان كانت الافاقة تامة قد زال فيها الجنون بالكلية كانت صحيحة نافذة لقيام العقل مع البلوغ ، وان كانت الافاقة غير تامة ، كانت تصرفاته في حكم تصرفات المعتوه ، وفي مثل هذا يجب الرجوع الى الأطباء . وينقسم العته الى قسمين قسم يكون فيه المعتوه كالصبي غير المميز من حيث الادراك ، وفي هذه الحالة تكون تصرفاته القولية كلها باطلة لا يترتب عليها أي أثر من الزام أو التزام ، وقسم يكون فيه المعتوه كالصبي المميز ، وفي هذه الحالة يكون حكم تصرفاته على التفصيل المتقدم آنفا في تصرفات الصبي المميز . وولي كل من المجنون والمعتوه يقوم مقامه على النحو المتقدم بالنسبة للصغير .

ولنذكر هنا العوارض الأخرى التي تتغير معها بعض الأحكام ولكنها لا تؤثر في نفس الأهلية أي تأثير ، وهي :

(السفه) وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع ، مع قيام العقل حقيقة ، لكنه غلب في اصطلاح الفقهاء على تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا .

وأصل المسامحات في التصرفات ، والبر والاحسان مشروع ، لكن الاسراف حرام ، ولو فيما أصله خير محض كبناء المساجد والمدارس

والملاجىء ونحوها . فالسفه كما يكون فى الشر يكون فى الخير أيضا . والواجب هو الاعتدال والقصد فى كل التصرفات لئلا يؤول الأمر الى اضرار الانسان بنفسه ثم بغيره حينما يكون عالة وعبئا ثقيلا على سواه . قال تعالى « والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ، وكان بين ذلك قواما » .

والسفه لا ينافى الأهلية اذ عقل السفيه سليم غير مؤوف ، لكنه مغلوب بهواه ، والدليل على ذلك أنه مكلف بجميع التكاليف الشرعية ، ومؤاخذ على أفعاله كلها ومعاقب على جناياته العقوبة البدنية المشروعة ، بخلاف المجنون والمعتوه والصبى . وكان من مقتضى هذا ألا يمنع عنه ماله ولا يحجر عليه كما يقول الامام أبو حنيفة رحمه الله ، لكن جمهور الفقهاء قالوا بالحجر عليه فى التصرفات المالية التى تضره ، و بألا يسلم ماله اليه حتى يؤنس منه الرشد . وهذا من باب التعاون على البر والتقوى ، والأمر بالمعروف ، والتضامن العام ، ومنع الأذى عن المجتمع باعتبار ما يؤول اليه حال السفيه من خلو يده واحتياجه الى معونة غيره . وعلى ذلك ينبغى الحجر على السفيه على قول جمهور الفقهاء ومنهم أبو يوسف ومحمد ما عدا أبا حنيفة ، ومتى حجر عليه كانت جميع تبرعاته باطلة ، وأما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فهى موقوفة على اجازة وليه ، ووليه هو القاضى ، والآن تقوم المجالس الحسبية عندنا مقام القاضى فتعين قيما على السفيه يكون بمنزلة الوصى عليه ، وبينت أحكام تصرفات هذا القيم بقانون تلك المجالس . وأما تصرفاته قبل الحجر عليه فهى نافذة على ما عليه العمل وهو قول أبى يوسف خلافا لمحمد . وجملة القول فى ذلك أن محمدا اعتبر السفه نظير العته والجنون والصغر والرق ، والحجر يثبت بنفس هذه الأشياء بدون توقف على القضاء فكذلك السفه ، وذلك لأن كل واحد من هذه الأشياء علة للحجر ووجود العلة يستلزم وجود معلولها ، والا لم تكن علة ، والعلة تدور مع معلولها وجودا وعدما . وأما أبو يوسف فانه لم يقس السفه على تلك الأشياء بل قال ان الحجر على السفيه لأجل النظر لمصلحته مع قيام أهليته ، والمسألة مختلف فيها بين العلماء ، فكان لابد من قضاء القاضى رفعا للخلاف وحسما للنزاع وترجيحا لاحدى وجهتى

النظر فى المسألة . وقول أبى يوسف هو المعول عليه لانضباطه . وعليه فتصرفات السفيه قبل حجر القاضى عليه صحيحة نافذة ، وأما بعد الحجر فمنها ما هو باطل كالتبرعات ومنها ما هو موقوف على الاجازة كالبيع ونحوه ، و يستمر الأمر هكذا حتى يحكم القاضى برفع الحجر عنه ، ولو زال عنه السفه بالفعل قبل ذلك ، وذلك ضبطا للباب من أوله الى آخره .

وزواج السفيه صحيح غير موقوف على الاجازة لكن المهر يجب ألا يزيد على مهر المثل ، فاذا وجد ألغى الزائد ، وكذا طلاقه واقع ، وعتقه نافذ وان كان تبرعا لأن العتق لا يقبل الفسخ وقد صدر من أهله فى محله .

وكذلك أجازوا وصيته فى سبل الخير الى مقدار الثلث من ماله ، كما أجازوا وقفه على نفسه طول حياته ومن بعده على أولاده أو جهة أخرى خيرية (أنظر مقالتينا : الأهلية والتزام التبرعات) .

(السكران والمكره والهازل) : تقدمت أحكامهم فى عيوب الرضاء والقصود فى العقود فراجعها فى الصفحات ٦٨٩ و ٦٩٣ و ٦٩٤ .

(المريض مرض الموت) : مرض الموت هو المرض الذى اجتمع فيه وصفان ، أولهما أن يغلب فيه الهلاك عادة ، وثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة سواء أكان الموت بسبب ذلك المرض أم كان بسبب آخر خارجى كقتل أو غرق أو غيرهما . وهو لا ينافى الأهلية أصلا . لكن لما كان المرض يعجز الانسان عن السعى لتحصيل المال و يقعد به عن ذلك فان ذمته تضعف عن تحمل حقوق الدائنين فتتعلق ديونهم بماله لأجل ضعف ذمته عن تحملها بخلاف الصحيح غير المريض . كذلك تتعلق بماله حقوق ورثته لأن مرض الموت مقدمة للموت ، و بالموت يثبت الميراث للورثة فاقيم المرض المفضى الى الموت مقامه لأنه سبب له . و بالجملة فاموال المريض مرض الموت يتعلق بها حقوق دائنيه وحقوق ورثته ، وعلى هذا الأساس تبنى أحكام تصرفاته . وجملة القول فى ذلك : أن تصرفات المريض اما انشائية — ومنها عقوده — واما اخبارية . فان كانت انشائية قابلة للفسخ كالهبة والكفالة والبيع مع المحاباة فانه يحكم بصحتها ونفاذها فى الحال ،

لأن التصرف صدر من أهله فى محله . فاذا مات المريض كان لمن لحقه ضرر من هذا التصرف أن يطلب ابطاله أو عمل ما يزيل الضرر عنه كما لو باع المريض بمحاباة ثم مات فللدائن الحق فى فسخ البيع أو طلب زيادة الثمن حتى يصل الى قيمة المبيع أو يوفى بالدين . ووقف المريض مرض الموت على وارثه أو على أجنبى كذلك . وأما التصرفات الانشائية التى لاتقبل الفسخ كالاعتاق فلا يملك الدائن ولا الوارث فسخه بل يسعى العبد فى كل قيمته للدائن ان كان الدين مستغرقا ، ويسعى للوارث بمقدار ما زاد على الثلث . وأما تصرفات المريض الاخبارية فان كانت اقرارا لوارث كان باطلا ، وان كانت اقرارا لأجنبى فهو صحيح ، وذلك لأنه فى اقراره للوارث متهم بخلاف اقراره للأجنبى . غير أن ما أقر به للأجنبى ان كان دينا ، وليس للمقر له دليل آخر غير اقرار المريض سمى هذا الدين المقر به دين مرض ، فيؤخر عن ديون الصحة فى الوفاء اذا لم تسع التركة وفاء جميع الديون . والمراد بدين الصحة هو ما ثبت بالبينة سواء أكان ذلك فى الصحة أم فى المرض ، وما ثبت فى حالة الصحة سواء أكان ثبوته ببينة أم باقرار المدين (راجع مقالتنا فى الأهلية وراجع حكم تصرفات المريض فى الأحوال الشخصية) .

(الرقيق) : الرق وان لم يكن موجودا عندنا الآن لكن لا بأس بالتعرض لعقود الرقيق هنا استيفاء البحث ، وليرجع الى التفصيل فى مقالتنا الأهلية وعوارضها — فى عارض الرق . وجملة القول فى ذلك أن الرقيق لا مال له لأنه مملوك لسيده ، والمملوك لا يملك ، ولذا لا يرث الرقيق ولا يورث ، واذا تبرع له أحد بشىء كان ما تبرع له به لسيده . وعقود الرقيق موقوفة على اجازة السيد ، لأنها فى الحقيقة تتعلق بمال السيد ، ويصح للسيد أن يأذن لرقيقه بالتجارة . والحاصل أن الرقيق انسان ذو أهلية تامة غير أنه ممنوع من تملك المال لنفسه فتصرفاته فى ذاتها صحيحة لأنها صادرة من أهلها ، اذا صادفت محلها ولكنها موقوفة على رضا السيد لتعلقها بماله .

(المدين) وما يتصل بهذا ويناسب ذكره هنا عقود المدين . وخلاصة

الكلام فى ذلك أن المدين اذا لم يكن محجورا عليه فتصرفاته فى عقوده كلها صحيحة نافذة عند جمهور الفقهاء ، خلافا لمالك فانه يمنع هبته ووقفه وسائر تبرعاته لتعلق حق الدائنين بماله (راجع مقالتنا التزام التبرعات) . وان كان محجورا عليه فالتصرفات الضارة بالدائنين موقوفة على اذنهم أو اجازتهم عند جمهور الفقهاء الذين يجيزون الحجر على المدين . وخالف فى ذلك أبو حنيفة لأنه لا يرى الحجر على المدين ، ويقول — مال الله غاد ورائح . فعنده لا حجر على مدين ولا سفيه ، بل لكل منهما الحرية التامة فى تصرفاته المالية .

تعدد العاقد وتوحده

فى العقود التى تتم بالايجاب أى بارادة واحدة يكون العاقد واحدا ، وذلك كالوقف وسائر الاسقاطات كالاعتاق والطلاق ، وكذا فى الوصية اذا كانت للفقراء ونحوهم من الجهات الخيرية ، أما اذا كانت لشخص معين أو لأشخاص معينين فانه يشترط القبول ، أو عدم الرد منهم لظهور رضائهم بالوصية ، والوقف كالوصية فى ذلك ، مع صحته ولزومه فى ذاته باعتبار أنه فى المآل لجهة خيرية . وفى الاسقاط الذى فيه معنى التمليك كالابراء يكتفى بالايجاب أيضا ، غير أنه يرتد اذا رده المدين ، وأما قبوله فهو غير واجب ، بل يتم الابراء بالايجاب وحده ، وذلك لأن تحمل منن الغير لا بد له من قبول يدل على الرضا به ، ويكتفى لذلك بعدم الرد ، اذ هو قبول دلالة ، والكفالة على أحد القولين المصححين تتم بايجاب الكفيل وحده ، وبه اخذت المجلة العدلية .

أما العقود التى يتوقف وجودها الشرعى على ارادتين كالبيع والزواج ونحوها فلا بد فيها من تعدد العاقد ، فطرف للايجاب ، وطرف للقبول ، وذلك لظهور الارادة فى العقد من الطرفين ، ولأن لكل منهما حقوقا قبل الآخر هى آثار مترتبة على العقد ، وهذه الحقوق لا ينبغى أن يستقل بها واحد لتدافعها ، فالبائع (مثلا) يطالب المشترى بتسليم الثمن اليه ، والمشترى يطالب البائع بتسليم المبيع اليه ويخاصمه فى العيب ، وعند ظهور استحقاق المبيع الخ . غير أنهم استثنوا الأب

والوصى المختار فأجازوا لكل واحد منهما أن يستقل بالعقد وحده ، أما الأب فلوفور شفقته وكمال عقله ، وأما وصيه فلأنه قائم مقامه ، وكذا القاضى بالنسبة لصغيرين (مثلا) هما فى ولايته ، ومثله فى ذلك الوصى الذى يقيمه هو ، وقد يكون طرفا العقد فى ولاية الأب أو الوصى المختار أيضا فينوب عنهما فى العقد بحكم الولاية عليهما ، وكذا الوكيل اذا كان موكلا من شخص ببيع شىء معين وموكلا من آخر بشراء ذلك الشىء بعينه له وكذا فى عقد الزواج قد يتولى الشخص الواحد طرفيه معا بصفة واحدة كأن يكون وليا أو وكيلا عن الطرفين ، أو بصفتين مختلفتين كأن يكون أصيلا أو وليا أو وكيلا بالنسبة لأحد الطرفين مع كونه وليا أو وكيلا بالنسبة للطرف الآخر . وهذا متفق عليه . وقد يكون فضوليا بالنسبة للطرفين ، أو فضوليا بالنسبة لطرف واحد ، وأصيلا أو وليا أو وكيلا بالنسبة للطرف الآخر ، على ما ذهب اليه أبو يوسف . واذا وهب الانسان لمن هو فى ولايته أو كنفه شيئا اكتفى بايجاب الواهب وحده فلا حاجة اذا الى قبول أو قبض ، بل تتم الهبة بالايجاب وحده .

وقد نصوا على أن الأب اذا كان عدلا أو مستور الحال جاز له أن يبيع ماله لولده وأن يشترى مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغبن يسير ، لا فرق فى ذلك بين المنقول والعقار ، وأن يتولى هو طرفى العقد ، بعبارة واحدة ، لأن الغرض هو ظهور ارادته فى عقد البيع أو الشراء ، أما اذا كان الأب سىء التدبير فاسد الرأى فلا بد من الخيرية للصغير — على ما سيأتى . ولا يبرأ الأب فى الشراء من الثمن حتى ينصب القاضى لولده قيما فيأخذ الثمن من الأب ثم يسلمه اليه ليحفظه لولده ، وان باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضا له بمجرد البيع فاذا هلك قبل التمكن من قبضه فضمانه على الأب . وأما الوصى المختار فلا يجوز له أن يبيع مال نفسه لليتيم ، ولا أن يشترى مال اليتيم لنفسه الا اذا كان فى ذلك خير لليتيم ، والخيرية فى العقار أن يشتريه بضعف قيمته ، وأن يبيعه لليتيم بنصف قيمته . والخيرية فى المنقول أن يشترى ما قيمته عشرة بخمسة عشر ، ويبيع ما قيمته خمسة عشر بعشرة . وفسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة لليتيم بيعا وشراء وان لم تكن على

النسبة المتقدمة . وأما القاضى فاذا كان له ولاية على أموال يتيمين (مثلا) جاز له أن يبيع مال أحدهما للآخر . ولا يجوز له أن يبيع مال نفسه لليتيم ، ولا أن يشترى مال اليتيم لنفسه ، لأن فعله قضاء ، وقضاؤه لنفسه لا يجوز . وكذا الوصى الذى أقامه القاضى (ومثله الآن المجلس الحسبى) لا يجوز له أن يشترى مال اليتيم لنفسه ، ولا أن يبيع شيئا من ماله لليتيم مطلقا ولو كان فى ذلك خير لليتيم ، وذلك لأنه وكيل عن القاضى ، وفعل الوكيل كفعل الموكل ، فكما أن ذلك لا يجوز للقاضى فلا يجوز لوكيله ، لكن اذا اشترى هذا الوصى من القاضى أو باع له جاز ذلك لتعدد طرفى العقد .

ولاية العاقد

المالك . الوكيل . الرسول . الولى . الوصى . الفضولى . الحاكم .

يشترط لنفاذ العقد أن يكون للعاقد ولاية عليه بملك أو نيابة شرعية عن المالك . والا توقف على اجازة من له الاجازة من مالك أو نائب شرعى عنه . ولتفسير هذه الجملة أقول .

اذا كان المالك هو المباشر للعقد وكان بالغا عاقلا غير محجور عليه لسبب ما كانت عقوده نافذه شرعا عليه لوجود الملك والولاية جميعا فيه . اما ان كان صغيرا مميزا غير مأذون له بالتجارة ، أو بالغا محجورا عليه بنحو سفه أو عته مع التمييز كانت عقوده المالية الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والاجارة موقوفة على اجازة الولى الشرعى على أمواله أو على اجازته هو بعد البلوغ أو فك الحجر عنه ، واما تبرعاته فهى باطلة .

وان كان له ولاية شرعية على مال المالك كالأب والوصى والقاضى كانت عقوده نافذة على من له الولاية عليه اذا كانت على وفق الأصول الشرعية بالنسبة لكل واحد من هؤلاء ، ولذلك ينبغى مراجعة تصرفات الولى والوصى والقاضى فى أموال الصغار والمحجور عليهم ، وكذا أحكام الوكالة فى بيع الوكيل وشرائه وسائر ما يوكل به من العقود والتصرفات التى يجوز توكيله فيها شرعا ، وشرح

ذلك يطول . وقد يكون العقد على يد رسول ، والرسول فى هذه الحالة يكون ناقلا لعبارة مرسله فقط ، ولذا لا تلحقه عهدة العقد على ما سيأتى .

وأما الفضولى فتصرفاته كلها صحيحة موقوفة على اجازة من له الاجازة من مالك أصيل أو ولى على المال أو النفس ، ولذا شروط يطول شرحها .

والحاكم قد ينوب مناب غيره فى مثل البيع والتزويج والطلاق على ما هو مبين فى مواضعه .

المعقود عليه أو محل العقد

محل العقد هو القابل لحكم العقد كالأموال بالنسبة لعقود المعاوضات من بيع وغيره . والمحلية اما أن تكون مطلقة وهى قابلية الشىء لحكم العقد بحسب وضعه وطبيعته وصلاحيته لذلك ، وقد يعرض للشىء ألا يكون محلا لعقد ما بصنيع الشارع ، مع صلاحيته هو بحسب طبيعته للمحلية ، وذلك كالأنثى من بنات آدم هى صالحة بحسب طبيعتها لأن تكون زوجة لأى رجل ، لكن الشارع منع التزاوج بين الذكور والاناث اذا وجدت بينهما رابطة خاصة ، منعا مؤبدا أو مؤقتا على ما بين فى محله . فأخت الانسان من الرضاع (مثلا) محل لزواجه بها محلية مطلقة من حيث كونها أنثى من بنى الانسان ، لكن الشارع حرم تزاوجهما تحريما مؤبدا ، وعلى ذلك فهى بالنسبه لأخيها من الرضاع ليست محلا لتزوجه بها شرعا ، وبالنسبة لغيره ممن لم يقم به مانع من موانع نكاحها محل شرعا ، فاذا وجدت فى الزواج المحلية المطلقة ولم توجد المحلية النسبية كان غير صحيح أو باطلا ، على حسب ما تراءى لفقهاء الشريعة مما أداهم اليه الاجتهاد فى المسألة (انظر أحكام النكاح غير الصحيح وكتاب الحدود) .

ومحل العقد شىء آخر مغاير للعاقدين فهو غيرهما حقيقة أو اعتبارا ، فاذا اشترى زيد من بكر داره بثمن معين فالدار التى هى محل العقد شىء ثالث غير زيد وبكر حقيقة . واذا قال عبد لسيده بعنى نفسى لفلان بكذا فأوجب السيد ذلك البيع صح ، وانتقلت ملكية العبد الى فلان هذا الذى هو وكيل عنه

بشرائه نفسه من سيده له . فالسيد فى هذا العقد بائع ، والعبد بصفته انسانا مشتر بطريق التوكيل لفلان المذكور ، ومحل العقد هو العبد أيضا من حيث هو مال ، فهو بصفته انسانا اشترى نفسه بصفته مالا ، فالمغايرة فى هذه الحالة بين المحل والعاقد مغايرة اعتبارية فقط .

ونظير هذا ما اذا زوجت البالغة الرشيدة نفسها بنفسها فهى أحد العاقدين ، وهى محل العقد لكونها هى نفس المعقود عليه . والمحل فى عقود اجارة الأشخاص هو عمل الأجير سواء أكان أجيرا خاصا أم أجيرا مشتركا . وفيما عدا الأناسى يكون المحل دائما شيئا آخر غير العاقدين .

وهل يكون المعدوم محلا للعقد ؟ ذهب بعض الفقهاء ومنهم أبو حنيفة وأصحابه الى أن المعدوم لا يكون محلا للعقد ، وأن المحل اذا كان معدوما وقت العقد كان العقد باطلا ، وعلى هذا فرعوا الأحكام ، وذلك لأن المحل اذا كان موجودا قبل العقد ثم هلك كان العقد عبثا لاستحالة تنفيذه ، وان كان على خطر الوجود ، كان العقد من قبيل القمار ، وهو منهى عنه . غير أن العقود التى أجاز الشارع فيها أن يكون المحل معدوما وقت العقد وهو على خطر الوجود ، كالسلم ، أو سيوجد شيئا فشيئا كالمنافع فى عقد الاجارة فانه يجب القول بصحتها لورود النص بذلك ، ولا اجتهاد مع النص . وذهب مالك الى جواز أن يكون محل العقد معدوما على خطر الوجود فى عقود التبرعات كالهبة والوقف ، لانتفاء معنى القمار فى هذا . وذهب ابن تيمية الى أبعد من هذا فقال ما مثاله كون المحل معدوما وقت العقد وهو على خطر الوجود فيما بعد لا يستلزم أن يكون العقد باطلا ، بل الذى يبطل هو عقود الغرر فقط ، لنهى الشارع عن الغرر ، ولأن ذلك يؤدى الى أكل أموال الناس بالباطل و يؤدى غالبا الى النزاع واضطراب حبل التعامل ، أما اذا كان المعقود عليه سيوجد فى الزمن المستقبل حتما بحكم العادة المستمرة فلا مانع من أن يكون محلا للعقد اذ لا ضرر فى ذلك . هذا هو جملة القول فى هذه المسألة الحيوية العظيمة . والذى نميل اليه هو ما ذهب اليه ابن تيمية بالنسبة لعقود المعاوضات ، وما ذهب اليه مالك بالنسبة للتبرعات ، اذ

لا ضرر فى ذلك ولا قمار ، وليس فى الشرع ما يمنعه ، فيبقى داخلا تحت الاذن العام . وتفاصيل هذا الموضوع يرجع اليها فى الكتب الفقهية المطولة .

حكم العقد وحقوقه

حكم العقد

هو الغاية المقصودة من العقد والأثر المترتب عليه كانتقال ملكية المبيع فى عقد البيع من البائع الى المشترى ، وحل التمتع بالزوجة فى عقد الزواج ، وانتقال الدين الى ذمة المحال عليه فى عقد الحوالة ، وهكذا . ويثبت حكم العقد للعاقد اذا كان أهلا له وكان يعقد لنفسه ، أما ان كان يعقد لغيره بنيابة شرعية كالوكالة أو الولاية والوصاية فانه يثبت لمن ينوب عنه ما لم يوجد مانع من ذلك . وكذلك عقد الفضولى يثبت بالاجازة لمن عقد عنه ، وقد ينفذ على الفضولى فى بعض الصور كما اذا كان فضوليا فى الشراء . وثبوته يكون عقب العقد مباشرة ، ما لم يوجد شرط خيار فان حكمه يتراخى الى وقت الاجازة أو سقوط الخيار ، فاذا أجيز ثبت الحكم مستندا الى وقت العقد ، أى يكون للاجازة أثر رجعى ، وعليه تكون زوائد المبيع الحادثة بعد العقد وقبل الاجازة ملكا للمشترى المجيز ، وكذا اذا سقط الخيار أو مضت المدة بدون فسخ .

حقوق العقد

هى الآثار المترتبة على العقد غير حكمه كحق حبس البائع المبيع لأجل الثمن ، وحق المشترى فى رده المبيع على البائع اذا وجد به عيبا ، وحقه فى مطالبة البائع بتسليم المبيع اليه اذا أدى اليه الثمن أو اشترط عليه التأجيل ، وحقه فى طلب استرداد الثمن اذا ظهر المبيع مستحقا لغير البائع ، وهذا هو المسمى ضمان الدرك ، وهكذا .

وهذه الحقوق قد تثبت لمن يثبت له حكم العقد ، وقد ترجع الى الوكيل . وهاك جملة القول فى ذلك .

حقوق العقد فى حالة الرسالة ترجع الى المرسل ، لأن الرسول ليس له عمل الا نقل عبارة المرسل فهو سفير ومعبر فقط . وأما فى حالة الوكالة فالأصل أن الحقوق ترجع الى الوكيل ، وقد ترجع الى الموكل لأسباب خاصة . فترجع الى الوكيل اذا كان العقد يتم بالقول ، وكان من عقود المعاوضات المالية ، واضافه الوكيل الى نفسه ، وكان الوكيل غير محجور عليه ، وذلك كالبيع والاجارة والصلح الذى هو بمعنى البيع ، ففى هذه العقود وأمثالها ترجع الحقوق الى الوكيل ما دام حيا ، ولو كان غائبا ، و بعد موته تنتقل الى وصيه ، فان لم يكن وصى رجعت الى الموكل ، وقيل ترجع بعد موت الوكيل الى الموكل ، لا الى وصى الوكيل . فاذا انتفى شرط من الشروط المذكورة رجعت الحقوق الى الموكل . وعلى هذا ترجع الحقوق الى الموكل فيما يأتى :

(١) أن يكون العقد مما لا يتم الا بالقبض كالهبة والاعارة والاقراض والرهن ، ان كان وكيلا من جانب المعطى مطلقا ، أو وكيلا من جانب الآخذ ، وقد أضاف العقد الى الآخذ . أما ان كان وكيلا من جانب الآخذ ، وقد أضاف العقد الى نفسه فان حكم العقد يثبت له هو ، وترجع اليه حقوقه ، ويخرج بذلك عن الوكالة لمخالفته . ومثله فى ذلك الوكيل بالنكاح من قبل الزوج ، لصحة نفاذ العقد عليه .

(٢) أن يكون العقد من قبيل الاسقاطات كالخلع والصلح عن دم العمد ، ونحو ذلك من العقود التى لا يقبل الحكم فيها الانفصال عن السبب ، أى لا تقبل خيار الشرط ، ومنها الزواج .

(٣) أن يضيف الوكيل العقد الى الموكل لا الى نفسه .

(٤) أن يكون الوكيل محجورا عليه كالصبى المميز والعبد غير المأذون لهما ، اذا توكلا بدون اذن من الولى أو السيد . والسبب الذى جعل حقوق العقد ترجع فى بعض الأحوال الى الوكيل ، وفى بعضها الى الموكل ، أننا حينما ننظر الى العقود نجدها تنقسم الى قسمين : قسم لا يتم الا بالقبض كالهبة والرهن وقسم يتم بالقول كالبيع والزواج . و بالنظر فى القسم الثانى نجده ينقسم الى قسمين : قسم يجوز أن يدخله خيار الشرط ، وقسم لا يجوز أن يدخله خيار الشرط هذا من جهة

ومن جهة أخرى نجد أن لتصرف الوكيل جهتين ، جهة حصول العقد بعبارته هو ، وجهة نيابته عن الموكل ، فلو راعينا جانب العبارة الصادرة عن أهلها فى محلها لأثبتنا الملك والحقوق له ، و بطل التوكيل ، مع أن الحاجة داعية اليه ، ولو راعينا جانب الموكل فأثبتنا له الملك والحقوق لألغينا عبارة الوكيل . فلأجل ذلك راعينا الجهتين ، فأثبتنا الحكم للموكل لأنه الغرض المقصود من التوكيل ، أما الحقوق فجعلناها للوكيل فى العقود التى تتم بالقول ، ويقبل الحكم فيها الانفصال عن السبب شرعا ، كالبيع والاجارة ، ولم نجعلها له فى العقود القولية التى لا يدخلها خيار الشرط ، ولا فى العقود التى لا تتم الا بالقبض لتعذر ذلك . أما فى الأول فلأن تلك العقود من قبيل الاسقاطات ، والاسقاط يضمحل فى الحال ، ولا يتصور فيه التراخى عن سببه ، لا عقلا ولا شرعا ، بخلاف البيع ونحوه فان المسبب فيه لا يعقب السبب اذا دخله خيار الشرط ، وهذا بصنع الشارع نفسه ، وليس النكاح وأضرابه كذلك ، فان الشارع لم يجعل فى شىء منها خيار شرط فصار الحكم فيها هو الاسقاط ، وهو ملازم للعقد لا يقبل الانفكاك عنه ، وكذا الحقوق ، فيثبت الحكم والحقوق لمن ثبت له العقد ، و يكون الوكيل سفيرا ومعبرا فقط بمنزلة الرسول . أما فى البيع وأضرابه فانه لما أمكن شرعا انفصال الحكم فيها عن العقد ، تصور أيضا انفصال الحقوق عن العقد ، اذ العقد سبب لكل منهما ، فجاز أن يثبت الحكم لشخص ، وأن تثبت الحقوق لغيره ، بناء على تصور هذا الانفكاك . وأما فى الثانى وهو الهبة وأخواتها فلأن الحكم فيها يثبت بالقبض ، والقبض يلاقى محلا مملوكا لغير العاقد ، فلا يتصور جعله أصيلا لأن العقد لم يتم بعبارته . وأما عدم رجوع الحقوق الى الوكيل اذا كان محجورا عليه . فلأن التبعة لا تلزمه الا بالاذن لقصور أهليته ، أو لتعلق حق السيد . وفى حالة اضافة الوكيل العقد الى الموكل يكون بمنزلة الرسول الناقل للعبارة فقط .

(تنبيه) قد عزا فى الهداية الى الامام الشافعى أنه يقول ان حقوق العقد تتعلق بالموكل ، وعلل هذا بأن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم يتعلق بالموكل ، فكذا توابعه اهـ . أقول و بمراجعة معتبرات كتب الشافعية يرى أن

المسألة خلافية ، وفى بعض صورها تفصيل . وعلى كل حال فثم رأى يقول بأن الوكيل ينتهى عمله بمجرد تمام العقد على وفق ما أراد الموكل بتوكيله ، فهو فى ذلك كمعبر وسفير فقط ، لكن الظاهر أن ما كان من تمام العقد كتسليم المبيع وتسلم الثمن ، ورد المبيع بالعيب والمخاصمة فى ذلك ينبغى أن يرجع الى الوكيل اتماما لعمل الوكالة .

الشروط فى العقود

قد تقدم فى صفحة ٦٦٧ بيان الفرق بين التعليق على الشرط ، والاقتران بالشرط ، والشرط المقارن للعقد ، أو المتفق عليه بين العاقدين قبل مباشرة العقد ، ولكنه لم يذكر مع العقد ، وكلاهما يتضمن اشتراط أمر زائد فيه فائدة لأحد العاقدين أو لغيرهما فوق ما يقتضيه العقد ، ولا شك أن هذا زيادة على حكم العقد ، فالعقد بصيغته يقتضى حكمه ، والشرط المقارن يقتضى تلك الزيادة . وهذا موضوع خطير جدا ذو أهمية عظيمة فى التشريع لا حد لها ، وقد بحثه الامامان العظيمان ابن تيمية وتلميذه ابن القيم بحثا وافيا أحاط به من جميع نواحيه ، واستوعبه استيعابا تاما ، حتى صار لا مطمع فيه لمستزيد ، وقد انتهى بهما المطاف الى هذا الأصل العظيم الذى ينبغى أن يكون الأساس الذى تبنى عليه مسائل الشروط والعقود جميعها ، وهو أن كل عقد وكل شرط لم ينه الشارع عنه فهو جائز ، فالأصل فى العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان ، فاذا عقد عاقد عقدا ، أو شرط شارط شرطا ، فقيل له عقدك أو شرطك باطل أو فاسد ، فعلى مدعى البطلان أو الفساد الدليل ، وأما العاقد والشارط فليس على أحدهما عبء شىء من ذلك لتمسك كل منهما بالاذن العام ، حيث لم يرد عن الشارع نص بالمنع والتحريم . فاذا روعى هذا فى التشريع كان فيه فتح باب خير عظيم على الناس .

ثم لأذكر هنا خلاصة مذهب أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله فى هذه المسألة .

كل ما كان مبادلة مال بمال فانه يبطل بالشروط الفاسدة ، وهى زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، فيكون فيه فضل خال عن العوض ، وهو الربا بعينه ، ولا يتصور ذلك الا فى المعاوضات المالية كالبيع ، أما المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع ، والتبرعات فلا يتصور فيها هذا ، واذا لا تبطلها الشروط الفاسدة ، غير أن الشرط اذا جاء بجوازه الشرع كشرط تأجيل الثمن فى البيع ، أو جرى به العرف ، فانه يجب العمل به . وعلى ذلك فالشروط الجائزة هى التى يقتضيها العقد بحيث لو لم يصرح بها لكانت واجبة من طبيعة العقد كاشتراط تسليم المبيع للمشترى اذا أدى الثمن ، واشتراط الزوجة على زوجها أنه ينفق عليها وأن يؤدى اليها مهرها ، والشروط التى تلائم العقد وتؤكد موجبه ، كاشتراط المشترى على البائع الكفيل بالثمن عند ظهور مستحق للمبيع (ضمان الدرك) ، واشتراط الزوجة على الزوج احضار كفيل أو رهن بالمهر ، والشروط التى ورد بجوازها الشرع ، كاشتراط تأجيل ثمن المبيع ، وتأجيل المهر أو تقسيطه ، والشروط التى جرى بها العرف ، وهذا يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ، وذلك كأن تشترى ساعة و يشترط لك البائع على نفسه أن يصلحها لك مجانا لمدة كذا من الزمن . وأما غير ذلك من الشروط اذا كان فيه منفعة لأحد العاقدين أو لشخص آخر غيرهما فانها تفسد عقود المعاوضات المالية كالبيع ونحوه ، لما فيها من معنى الربا ، ولأن المطالبة بها تؤدى الى النزاع لأن لها طالبا معينا ، أما اذا كان النفع فيها لغير انسان فقد قالوا ان العقد صحيح والشرط باطل ، كما لو باعه فرسا واشترط عليه أن يطعمها طعاما معينا وألا يركبها الى مسافات طويلة ونحو ذلك فالبيع صحيح والشرط باطل ، لأنه شرط ليس له مطالب من أهل الاستحقاق . وأما فى غير عقود المعاوضات المالية كالزواج ، والتبرعات كالهبة ، فقد قالوا ان العقد صحيح والشرط باطل .

والحاصل أن الشروط بالنسبة لعقود المعاوضات المالية ثلاثة أقسام : شروط صحيحة فتصح هى و يصح العقد ، وهى الشروط التى يقتضيها العقد أو يلائمها أو ورد بها الشرع أو جرى بها العرف . وشروط تفسد هى و يفسد معها العقد ،

وهى الشروط غير المتقدمة اذا كان فيها نفع لأحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق . وشروط تبطل هى و يصح العقد ، وهى الشروط التى فيها منفعة لغير أهل الاستحقاق .

ويدخل تحت عقود المعاوضات المالية البيع والشراء والايجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال ، واجازة هذه العقود .

وأما عقود المعاوضات غير المالية ، والتبرعات فانها تصح مع أى شرط كان ، وأما الشرط فان كان من مقتضيات العقد أو ملائما له صح هو أيضا ، والا بطل وحده .

ومن عقود المعاوضات غير المالية الزواج والخلع على مال . ومن عقود التبرعات الهبة والقرض والاعارة والوصية .

(تنبيه) اختلف الفقهاء فى الشرط المتقدم على العقد هل هو كالشرط المقارن أولا ؟ فعلى القول المشهور من مذهب الشافعى ومذهب أبى حنيفة وهو قول لأحمد أن المتقدم لا يعتبر كالمقارن ، واذا لا تأثير له فى العقد أصلا . وهو كالوعد المطاق ، لا يجب الوفاء به قضاء ، و يجوز العدول عنـه ، وقد لا يتذكرانه وقت العقد . وذهب أحمد ومالك الى أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن ، فاذا اتفقا على شىء ، وعقد العقد بعد ذلك فهو مصروف الى المعروف بينهما مما اتفقا عليه ، والى هذا ذهب فقهاء الحديث . وذهب بعض أصحاب أحمد الى أن الشرط المتقدم اذا كان رافعا لمقصود العقد كالمواطأة على كون العقد تلجئة أو تحليلا ، التحق بالعـقد فأبطله ، أما ان كان مغيرا له كاشتراط كون المهر أقل مما يسمى فى العقد أمام الناس بمقدار كذا فانه لا يؤثر فى العقد .

وما يأذن به أحد العاقدين للآخر أو يبيحه له أو يهبه بعد تمام العقد ولزومه بينهما فهو جائز بلا خلاف لانفصاله عن العقد ، فهو محض تبرع ، وذلك كما اذا أذن الراهن للمرتهن بعد أن سلمه الرهن وتم العقد بينهما خاليا من كل شرط أن ينتفع بالرهن كان ذلك جائزا ، أما اذا كان الشرط فى صلب العقد فالرهن صحيح والشرط باطل . وكذا لو وهب المقترض للمقرض شيئا من المال ، أو أذن

المشترى للبائع بسكنى الدار المبيعة لمدة معينة بعد العقد ، وهكذا .

وبالجملة فالشرط المؤثر هو ما كان فى صلب العقد ، بالاجماع ، وكذا ما كان سابقا عليه ، على قول مطلقا ، أو على تفصيل فى المسألة .

الخيارات

الخيارات جمع خيار ، وهو اسم من الاختيار ، والمراد به هنا هو اختيار امضاء العقد أو فسخه . وتنقسم الخيارات الى قسمين : قسم يثبت بالشرط ، ويقال له خيار الشرط ، أى الخيار الذى سببه الشرط . وقسم يثبت بسبب آخر ، والأسباب متعددة . وسنذكر كل هؤلاء هنا تباعا ، على حسب ما يقتضيه المقام .

خيار الشرط : هو كما قدمنا آنفا ما يشترط فى صلب العقد أو بعده لأحد العاقدين أو كليهما من امضاء العقد أو فسخه ، وهو من اضافة الشىء الى سببه ، والعقود بالنسبة لخيار الشرط تنقسم أولا الى قسمين : (الأول) ما لا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والعتق . (والثانى) ما يحتمله كالبيع والوكالة . أما الأول فلا يدخله خيار الشرط ، وأما الثانى فان كان عقدا غير لازم فكذلك ، لعدم الفائدة ، وهذا كالوكالة ، اذ لكل من الموكل والوكيل أن يفسخ هذا العقد بدون توقف على رضا صاحبه ، الا فى بعض أحوال استثنائية بسبب عارض ، أما الوكالة فى نفسها ، وبحسب وضعها الأصلى فهى عقد غير لازم لكل من الطرفين . وان كان عقدا لازما كالبيع والاجارة والصلح عن مال والمزارعة فهذا هو الذى يصح فيه خيار الشرط ويكون له فائدة وهى تمكين من له الخيار من فسخ العقد بسبب هذا الشرط .

والأصل فيه أن حبان بن منقذ الانصارى كان يغبن فى البياعات بسبب ضربة سيف أصابت رأسه فثقل بذلك نطقه ، وضعف ادراكه وتمييزه ضعفا ما ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : (اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام) . والخلابة هى الخداع . وعلى هذا القدر من المدة اقتصر أبو حنيفة وقوفا عند حد النص ، ومحتجا بان خيار الشرط مخالف لمقتضى العقد

اذ مقتضى العقد اللزوم ، وشرط الخيار ينافيه ، فينبغي أن يفسد العقد ، لكن وجب علينا أن نصحح العقد ، عملا بالنص ، واذا لا ينبغى أن نتجاوز المدة التى جاءت فى النص . وقال الصاحبان يجوز الخيار الى أى مدة يسيمها العاقدان ويتفقان عليها ، لأن الحاجة تدعو الى ذلك أحيانا ، وقد روى عن ابن عمر انه أجاز الخيار الى شهرين . أما اذا كانت المدة مجهولة فان العقد يفسد لما فى ذلك من الضرر .

ويجوز أن يكون الخيار لكل واحد من العاقدين أو لأحدهما ، أو لأجنبى نيابة عن أحدهما ، فاذا جعل الخيار لكل منهما فلا يخرج البدلان عن ملكهما فى عقود المعاوضات المالية ، وان جعل الخيار لأحدهما فلا يخرج ماله من ملكه ، وأما مال الآخر فعلى قول الامام لا يدخل فى ملك من له الخيار ، كالمبيع لا يدخل فى ملك المشترى اذا كان الخيار له وحده ، بل يكون موقوفا . وأما على قول الصاحبين فانه يدخل فى ملك من له الخيار كالمبيع يدخل فى ملك المشترى فى الصورة المتقدمة . استدلا على قولهما بأنه اذا كان الخيار للمشترى وليس للبائع خيار فان المبيع يخرج من ملك البائع ، اذ المفروض أنه لا خيار له ، فاذا لم يدخل فى ملك المشترى يكون كالسائبة بسبب زواله عن مالكه الأصلى ، لا الى مالك ، وهذا لا عهد لنا به فى الشرع ، فوجب اذا أن يدخل فى ملك المشترى . ورد على ذلك أبو حنيفة بأنه يترتب على ما ذهبا اليه اجتماع البدلين (الثمن والمبيع) فى ملك واحد ، وهو ملك المشترى ، وهذا لا عهد لنا به فى الشرع ، وبأن المبيع ربما كان رحما محرما للمشترى ، وقد اشتراه واشترط لنفسه الخيار فلو قلنا بدخوله فى ملكه لعتق عليه ، ولم يكن لاشتراطه الخيار لنفسه فائدة ، واذا يكون المبيع موقوفا فى مدة الخيار بين المتعاقدين ، فاذا أجاز المشترى العقد ثبت له ملك المبيع من وقت العقد ، واذا فسخه رجع الى البائع ، فهو ليس فى حكم السائبة لأنه بينهما لا يعدوهما .

واذا كان الخيار لهما فأجاز أحدهما العقد سقط خياره وبقى خيار الآخر حتى يمضى العقد أو يفسخه ، أو تمضى المدة فيسقط الخيار بمضيها . والعقد ينفسخ اذا

فسخه من له الخيار قولا أو فعلا فى المدة المعينة له ، ويشترط علم الآخر فى الفسخ القولى لا الفعلى ، وقيل لا يشترط العلم ، لأن حق الفسخ ثابت بشرط الخيار . والمراد بالفسخ القولى أن يقول من له الخيار فسخت العقد ونحو ذلك ، والفعلى أن يتصرف البائع فى المبيع ببيع ونحوه فبذلك يوجد الفسخ حكما ، ولذا اتفقوا على جوازه ، ولو مع عدم علم المشترى بذلك (وفى المسألة بحث طويل) .

ويتم العقد ويلزم اذا أجازه من له الخيار قولا أو فعلا فى المدة المعينة ، ومثال الفعل أن يبيع المشترى المبيع ، اذا كان الخيار له ، أو يبنى فى الأرض المبيعة ونحو ذلك مما يدل على رضاه بالعقد .

واذا مات من له الخيار فى أثناء المدة بدون أن يفسخ العقد فان العقد يتم ويلزم بموته ، ولا ينتقل الخيار الى وارثه . وقال الشافعى يورث عنه ، لأنه حق لازم ثابت فى المعقود عليه ، فيجرى فيه الارث كما فى خيار العيب وخيار التعيين . وأجيب عن هذا بأن الخيار ليس الا مجرد مشيئة وارادة ، ولا يتصور انتقال ذلك من شخص الى شخص آخر ، والارث لا يكون الا فيما يقبل الانتقال . وهذا بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث الذى يخلفه ، وأما الخيار نفسه فلا يورث ، وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه الذى انتقل اليه بالارث بملك الغير ، وليس المعنى أنه ورث الخيار عن مورثه .

خيار الرؤية

هو من اضافة الشىء الى سببه أيضا ، أى الخيار الذى سببه الرؤية ، والأصل فيه حديث « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه » ، ولأن تعريف المبيع بأوصافه وان كان نافيا للجهالة الا أن رؤيته تفيد علما أدق مما يفيده وصفه فاشترطت الرؤية ليتم بها الرضا الذى هو شرط أساسى فى البيع . وقس على البيع ما ماثله من عقود المعاوضات المالية لاتحاد الجميع فى معنى واحد . وعلى هذا يثبت خيار الرؤية من غير شرط فى أربعة مواضع : (الأول) شراء الأعيان التى يلزم تعينها ولا تثبت دينا فى الذمة ، فلا يثبت خيار الرؤية فى عقد السلم . (الثانى)

الاجارة . (الثالث) قسمة غير المثليات . (الرابع) الصلح عن مال على شيء معين ، فمن اشترى شيئا لم يره من الأعيان المذكورة ، أو استأجر شيئا لم يره ، أو قاسم شريكه قسمة تراض مالا مشتركا من القيميات المتحدة أو المختلفة الجنس ، ولم يكن رأس المال المقسوم ، أو صالح عن دعوى مال معين على شيء معين لم يره ، فهو بالخيار فى هذه الصور كلها عند رؤية المبيع أو المستأجر أو الحصة التى أصابته فى القسمة أو بدل الصلح ، فان شاء قبل وأمضى العقد وان شاء فسخه ونقض القسمة . وله حق الفسخ والرد قبل الرؤية و بعدها ، فأما ثبوت حق الفسخ قبل الرؤية فلأن العقد غير لازم قبلها ، وأما بعدها فسببه الرؤية عملا بالحديث ، وقيل لا حق له فى الفسخ قبل الرؤية قياسا على الاجازة ، لأنها لا تكون الا بعد الرؤية قولا واحدا ، اذ الشيء لا يجوز أن يسبق فى الوجود وجود سببه . غير أنه اذا وجد ما يبطل الفسخ قبل الرؤية أو بعدها أو يدل على الرضا بعد الرؤية كان العقد لازما لا خيار فيه . والذى يبطل خيار الرؤية هو تصرف من له الخيار فى العين تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق ، أو يوجب حقا للغير كالرهن والاجارة ، سواء أكان هذا قبل الرؤية أم بعدها ، فان تصرف تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بخيار البائع وكالهبة بدون التسليم فان الخيار يبطل اذا كان هذا التصرف بعد الرؤية لدلالته على الرضا ، أما اذا كان قبلها فلا يسقط الخيار لأنه انما يثبت بنفس الرؤية فلا يوجد الا بوجودها ، واذا لا يسقط قبلها ، لأنه يسقط قبل وجوده ، وهذا باطل .

وخيار الرؤية غير مؤقت ، بل هو باق حتى يوجد ما يبطله ، وقيل أنه موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو وقع بصره عليه ، ولم يفسخ سقط حقه فى الفسخ ، لكن الأصح هو القول الأول .

والمراد بالرؤية ادراك الشيء بالحس فقد تكون بالبصر أو بالذوق أو الشم أو الجس ، وهكذا من كل ما يفيد علما بطريق الحس والمشاهدة والادراك المادى فى كل شيء بحسبه . واذا كان من له خيار الرؤية أعمى فان المبيع ونحوه يوصف له ، وفى هذا الكفاية ، لأن الادراك بالوصف فى المرئيات أقصى ما يصل

اليه علم الأعمى ، أما غير المرئيات من المذوقات والمشمومات ونحوها فانه يجوز أن يدركه بنفسه بعد التحقق من أن المبيع هو ما يشمه أو يذوقه أو يجسه . ومذهب الشافعى فى هذا هو أن يوكل الأعمى غيره فى رؤية المبيع ونحوه .

وقد كان أبو حنيفة يقول أولا بثبوت الخيار للبائع كما هو ثابت للمشترى ، ويقيس خيار الرؤية على خيار الشرط ، وقد يكون البائع قد باع ما لم يره ، لكنه ترك هذا القول عملا بالحديث لأن الرؤية معلقة بالشراء ، ولأن المبيع كان عند البائع وفى ملكه قبل البيع ، فكان يمكنه أن يراه

وخيار الرؤية لا يورث لأنه مجرد ارادة ومشيئة كخيار الشرط .

خيار العيب : هو أيضا من اضافة الشىء الى سببه أى الخيار الذى سببه العيب . وخيار العيب يثبت به حق الفسخ من غير اشتراط فى العقد ، ومحله عقود المعاوضات المالية . فمن عقد عقد شراء أو اجارة أو اقتسم مع شريكه مالا مشتركا أو صالح عن دعوى مال معين على شىء معين فله فسخ العقد ونقض القسمة بخيار العيب اذا وجد فيما اشتراه أو استأجره أو أخذه بدل صلح ، أو وجد فى الحصة التى أصابته فى القسمة عيبا قديما — بمعنى أن ذلك العيب كان موجودا قبل أن يتسلم المعقود عليه ، ولو كان حدوثه بعد العقد وقبل التسليم — ولم يكن عالما به ، ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه ، أو لم يشترط عليه العاقد الآخر أنه برىء من كل عيب فيه . فان وجد شىء من ذلك (أى من رضاه بالعيب بعد اطلاعه عليه ، أو قبوله الشرط) سقط خياره ولزمه العقد ، والحصة التى أصابته فى القسمة .

وانما ثبت خيار العيب لأن الأصل فى المعقود عليه السلامة باتفاق الشرع والعقل ، وعلى هذا يتعامل الناس فى كل زمان . ولا يبطل خيار العيب بموت من له الخيار ، بل يقوم وارثه مقامه فى ذلك ، وذلك لأن المبيع (مثلا) اذا كان معيبا فالمشترى رده وأخذ بدله سالما ، فاذا مات قبل الرد فالذى انتقل الى وارثه ليس هو ملكه بل ملك البائع . وأما ملكه هو فهو ما يلزم البائع أن يعطيه اياه بدل ذلك المبيع المعيب . وللوارث أن يطالب بكل ما هو مملوك لوارثه ، وعليه

أن يرد ما ليس ملكا له الى مالكه ، هذا هو فقه المسألة .

ولا يدخل خيار العيب فى الزواج الا اذا وجدت المرأة زوجها عنينا أو مجبوبا أو خصيا فان لها طلب التفريق بينها و بين زوجها على ما هو مبين فى موضعه . وأجاز محمد التفريق بسبب العيب اذا كان زوجها مجنونا أو مجذوما أو أبرص ، فجعل لها خيار الفسخ بسبب العيب فى هذه الأحوال ، لأنها لا تطيق المقام معه على هذه الحالة ، بل جاء فى بعض الكتب المعتبرة كالزيلعى والبدائع أن ذكر هذه الأشياء على سبيل التمثيل ، وأن كل عيب تتضرر به المرأة يجيز لها فسخ العقد . وللأئمة الثلاثة وغيرهم من الفقهاء الآخرين تفصيلات فى التفريق بسبب العيب مبسوطة فى كتبهم . وقد ضبط المسألة الامام ابن القيم ضبطا حسنا فقال : كل عيب يكون بأحد الزوجين ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار اه . ولم يكن التفريق بين الزوجين بسبب العيب معمولا به فى المحاكم الشرعية المصرية حتى جاء قانون سنة ١٩٢٠ فأجازه للمرأة دون الرجل ، وخيرا فعل . وهاك نص المادة التاسعة منه : للزوجة أن تطلب التفريق بينها و بين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به . فان تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق اه . والفرقة بالعيب طلاق بائن (المادة العاشرة) . و يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها (المادة الحادية عشرة) .

خيار تفريق الصفقة : لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ، و يخير المشترى فى الباقى ، سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى أو لا ، وذلك لتفرق الصفقة قبل التمام ، وكذلك لو استحق بعد قبض بعضه ، سواء استحق المقبوض أو غيره ، يخير المشترى كذلك للسبب المتقدم . ولو قبضه كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ، ثم لو أورث الاستحقاق عيبا فيما بقى

يخير المشترى ، ولو لم يورث عيبا فيه ، كما اذا كان المبيع ثوبين استحق أحدهما ، أو كان كيليا أو وزنيا استحق بعضه ولا يضر تبعيضه ، فالمشترى يأخذ الباقى بلا خيار ، لعدم الضرر ويسمى هذا خيار الاستحقاق .

وكذا اذا هلك بعض المبيع قبل القبض فان المشترى يتخير فى الباقى ، لتفرق الصفقة قبل التمام ، كما يتخير فى الاستحقاق ، وفيما لو تعيب بعض المبيع قبل أن يقبضه . أما لو هلك بعد أن قبضه فهلاكه محسوب عليه ، لأنه هلك وهو فى يده ، وهو ملكه . واذا هلك المبيع كله قبل القبض فان كان هلاكه بآفة سماوية (بالقضاء والقدر) . أو بفعل البائع أو بفعل المبيع فان البيع يبطل ، ويجب على البائع رد الثمن الى المشترى ان كان أخذه منه . وان كان هلاكه بفعل شخص أجنبى خير المشترى فان شاء فسخ البيع ، وان شاء أمضاه وضمن ذلك الأجنبى قيمته . وان كان هلاكه بفعل المشترى كان محسوبا عليه ويعتبر أنه استوفى حقه . وما قيل فى المبيع يقال مثله فى المهر اذا هلك قبل أن تقبضه الزوجة ، وكذا استحقاقه على بعض تفصيل (ولتراجع أحكام المهر) . وليلاحظ أن عقد الزواج لا يبطل بهلاك المهر ولا باستحقاقه بخلاف البيع .

خيار فوات الوصف المرغوب فيه : اشترى بقرة على أنها حلوب ، أو فرسا على أنه من خيل السباق ، أو فص خاتم على أنه ياقوت أحمر فاذا به ياقوت أصفر ، كان المشترى مخيرا فى هذه الحالة بين أخذ المبيع بكل ثمنه أو رده على البائع ، وذلك لفوات الوصف المرغوب فيه . والخيار هنا كخيار العيب ، اذ فوات الوصف المرغوب فيه يجعل المبيع فى حكم المعيب بسبب فوات ذلك الوصف . فاذا قبض المشترى المبيع ثم قام به ما يمنع الرد كتعيبه عنده فله أن يرجع فى هذه الحالة بمقدار التفاوت فيقوم المبيع مع الوصف المرغوب فيه ، ثم يقوم بدونه ، ويرجع من الثمن بنسبة ما بين القيمتين ، فلو كانت قيمته مع الوصف عشرين ، وبدونه خمسة عشر ، وكان قد اشتراه بثمانية عشر فانه يرجع عليه بأربعة ونصف . وهكذا .

وكذا الحكم فى المبيع معيبا اذا حدث به عيب جديد وهو فى يد المشترى .

فاذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه فى الرد ، أو المطالبة بالفرق على ما تقدم . وهو فى ذلك كخيار العيب تماما .

ولا يدخل خيار الوصف المرغوب فيه فى الزواج ، فلو وصفت الزوجة بأوصاف رغبت الزوج فى زواجها ، ثم بانت خالية من تلك الأوصاف ، فلا خيار للزوج على قول جمهور الفقهاء . وذهب بعضهم الى أن له الخيار كما هو الشأن فى وجود عيب بها لم يعلمه الزوج ولم يرض به .

خيار النقد : اذا اشترى شيئا على أنه ان لم ينقد ثمنه الى مدة كذا فلا بيع بينهما صح ذلك ، والمشترى فى هذه الحالة الخيار فان شاء نقد الثمن فى المدة المعينة وأخذ المبيع ، وان شاء فسخ العقد . وكذا لو أعطى المشترى البائع الثمن على أن البائع ان رد الثمن فى مدة كذا فلا بيع بينهما صح أيضا ، والخيار فى هذه الحالة للبائع . وهل المدة مقدرة بثلاثة أيام فقط ، أو يجوز أن يتفقا على أى مدة يسميانها ؟ فى ذلك خلاف نظير الخلاف المتقدم فى خيار الشرط . وهذا الخيار جائز كخيار الشرط لأن الحاجة قد تدعو اليه . وبعضهم جعل بيع الوفاء داخلا تحت هذا الموضوع .

خيار التعيين : اذا قال البائع للمشترى بعتك أحد هذه الأثواب الثلاثة (مثلا) هذا بكذا ، وهذا بكذا ، وهذا بكذا ، ولك الخيار فى أيها شئت ، أو على أن تأخذ أيها شئت ، جاز هذا ، ويكون المبيع واحدا من هذه الثلاثة لا بعينه ، حتى اذا قبضها المشترى كان أحدها مبيعا مضمونا ، والآخران أمانة فى يده . وخيار التعيين جائز للحاجة أيضا لأجل التروى وعرض الأمر على الغير ، ولا يجوز فى أكثر من ثلاثة أشياء لأن بها تندفع الحاجة لوجود الجيد والوسط والردىء فيها . ويجوز أيضا فى اثنين بالأولى . ولا يكون خيار التعيين الا فى القيميات لأنها هى التى يظهر فيها التفاوت بخلاف المثليات لعدم تفاوتها . وهل يشترط لذلك الخيار مدة معينة ؟ قيل نعم ، وفائدة التوقيت أن يجبر من له الخيار على التعيين بعد مضى المدة دفعا للضرر عن الآخر اذا ماطل من له الخيار فى التعيين . وقيل لا حاجة الى التوقيت لأن العقد لازم من أول الأمر فى

أحدها ، وانما الخيار فى تعيينه فقط . وقد علمت جوابه مما تقدم . فالصواب هو توقيت التعيين بمدة معلومة منعا من اضرار المشترى بالبائع . وقد يصاحب خيار الشرط خيار التعيين وقد لا يصاحبه ، كأن يقول بعتك أحد هذين الفرسين هذا بكذا وهذا بكذا على أنى بالخيار كذا يوما ، وقد لا يشترط الخيار كما تقدم .

واذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه فى التعيين لأن لمورثه مالا ثابتا ضمن هذه الأشياء فوجب عليه أن يعينه ورد ما ليس له الى مالكه ، ويؤدى الثمن من التركة ان لم يكن قد أدى حال الحياة .

خيار التغرير القولى ، وخيار التغرير الفعلى : انظر ص ٦٩٢ و ٦٩٣ فى الغبن مع التغرير ، وعيب التدليس .

خيار الكمية : قال فى الدر المختار لو كان الثمن فى صرة ولم يعرف مقدار ما فيها من خارجها كان للبائع الخيار اذا علم كمية ما فيها من الدراهم . واعترض على هذا بأن الصرة يعرف ما فيها من خارجها ، فالصواب أن يمثل لهذا بمثل ما اذا قال المشترى للبائع اشتريت منك كذا بما فى هذه الخابية من الدراهم ، وذلك لأن الخابية لا يعرف ما فيها من خارجها . والأصل فى هذا أنه يجوز تعريف كل من المبيع والثمن بالاشارة اليهما ، فلو عرف أحدهما بالاشارة اليه اكتفى بذلك فى تعيينه فلا حاجة اذا الى بيان قدره ووصفه ، غير أنه عند الاطلاع على كميته يثبت الخيار لأجل تمام الرضا .

خيار كشف الحال : وفى الدر ورد المحتار أيضا أنه لو اشترى منه بوزن هذا الحجر أو بملء هذا الاناء ذهبا جاز البيع على الأصح وكان للبائع الخيار اذا انكشف الحال وظهر بعد الوزن والكيل بشرط أن يبقى كل من الحجر والأناء على حاله . ومن أمثلته أيضا ما اذا قال له بعتك هذه الصبرة من الحنطة كل أردب بكذا فللمشترى الخيار بعد معرفة قدرها ، حتى يتم رضاه بالشراء . وهذا قريب مما قبله .

خيار ظهور الخيانة فى المرابحة والتولية والوضيعة : اذا باع الانسان ماله

با كثر مما اشتراه به ، وكان قد أعلم المشترى بالثمن الأصلى وبما يزيده عليه ربحا له صح البيع وسمى هذا بيع المرابحة ، فاذا اشترى دارا بألف جنيه وباعها بألف ومائتين ورضى المشترى بذلك صح العقد ، وسمى البيع بيع مرابحة ، وكذا اذا باعها بمثل ثمنها أى بألف صح البيع أيضا وسمى بيع تولية ، وكذا أيضا اذا باعها بتسعمائة صح البيع وسمى بيع وضيعة . ولهذه البيوع أحكام مفصلة فى مواضعها ، والذى يعنينا هنا هو أنه اذا ظهرت خيانة البائع وكذبه فيما ادعاه من الثمن الذى قال انه اشترى به الدار فى المثال المتقدم ، وكان ظهور ذلك باقراره أو بنكوله أو ببينة على الثمن الحقيقى كان للمشترى الخيار باخذ المبيع بثمنه الذى اشتراه به ، أو يرده الى البائع كما قبضه ، لفوات الرضا . وله الحط بقدر الخيانة فى التولية والوضيعة ، بالاتفاق ، وكذا فى المرابحة على قول أبى يوسف ، ويكون الحط فى هذه الحالة بالنسبة . وانظر الدر ورد المحتار .

خيار اجازة عقد الفضولى : اذا باع الفضولى مال غيره فالخيار فى اجازة هذا البيع للمالك ان كان أهلا للاجازة ، والا كان الخيار لوليه أو وصيه . أما اذا اشترى لغيره شيئا فان الشراء ينفذ عليه لصلاحية ذمته لذلك . وفى هذا المقام تفصيل ، وللاجازة شروط يمنع من ايرادها ضيق الوقت . وكذلك كل عقود الفضولى الأخرى الموقوفة على اجازة من له الشأن يثبت فيها الخيار .

خيار كون الشىء مرهونا أو مستأجرا : لو اشترى دارا (مثلا) فظهر أنها مرهونة أو مستأجرة ، يخير المشترى بين الفسخ والامضاء . سواء أكان عالما بالرهن والاجارة وقت العقد أم لا . وهذا هو القول المعول عليه ، وهو قول الامام ومحمد . وقال أبو يوسف لو كان عالما بالرهن أو الاجارة لايتخير .

خيار المجلس : قال به الشافعى وأحمد ولم يقل به أبو حنيفة وأصحابه ومالك . فاذا تم عقد البيع ايجابا وقبولا لزم العقد ما لم يكن هناك خيار آخر كخيار الشرط (مثلا) ولو استمر العاقدان باقيين فى المجلس ، وهذا على قول أبى حنيفة ومالك . وأما على قول الشافعى وأحمد فما دام العاقدان فى المجلس لم يفترقا فلكل

منهما خيار الامضاء أو الفسخ ، ولو كان هذا بعد القبول ، عملا بالحديث الصحيح « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » . والمراد التفرق بالأبدان لأنه هو المتبادر من ظاهر اللفظ . وقال أصحاب الرأى الآخر لا معنى لهذا الخيار بعد تمام العقد ، ولذا يحمل التفرق فيه على التفرق بالأقوال ، أى متى تم القبول فقد افترق العاقدان بأقوالهما وانتفى عنهما صفة كونهما متبايعين لتمام العقد بينهما . والمسألة محل نظر .

خيار المخيرة : هو قول الزوج لزوجته اختارى نفسك ، ينوى به الطلاق ، فلها الخيار فى مجلسها ، وان تطاول المجلس ، وهذا فى صورة الاطلاق أما اذا قيد الخيار بمدة فانه يتقيد بتلك المدة ، حتى اذا مضت سقط الخيار ، سواء أكانت المرأة عالمة بأن لها الخيار أم لا . واذا قيده بعموم المشيئة كأن قال لزوجته اختارى نفسك متى شئت ، أو قال جعلت أمر زوجتى فلانة بيدها ، فلها أن تختار نفسها فى أى وقت شاءت ، كان لها الخيار متى أرادت . وتفصيل الكلام فى هذه المسألة يرجع اليه فى باب تفويض الطلاق .

خيار العتق : اذا كانت الزوجة أمة فلها حق فسخ النكاح اذا عتقت سواء كان زوجها حرا أم عبدا . وهذا الخيار حق للأنثى فقط كخيار المخيرة .

خيار الفسخ بعدم الكفاءة : اذا زوجت المرأة الرشيدة نفسها بزوج غير كفء ولها ولى عاصب لم يرض بهذا الزواج كان زواجا باطلا على القول الراجح ، ويقابله أنه زواج صحيح يكون للولى فيه الخيار اذا شاء فسخ العقد واذا شاء أمضاه . وليراجع هذا الموضوع مفصلا فى باب الأولياء والأكفاء فى الهداية وشروحها وغيرها .

خيار البلوغ : اذا زوج الصغيرة غير أبيها وجدها من الأولياء الآخرين كأخيها وعمها بزوج كفء وبمهر المثل كان لها الخيار اذا بلغت ، فان شاءت أمضت العقد وان شاءت فسخته . والصغير كالصغيرة فى هذا وليرجع الى تفصيل هذا الموضوع ومتعلقاته فى موضعه .

(انتهى)

٥٤/٥٧